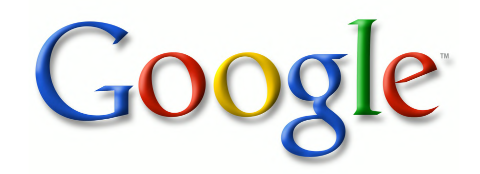
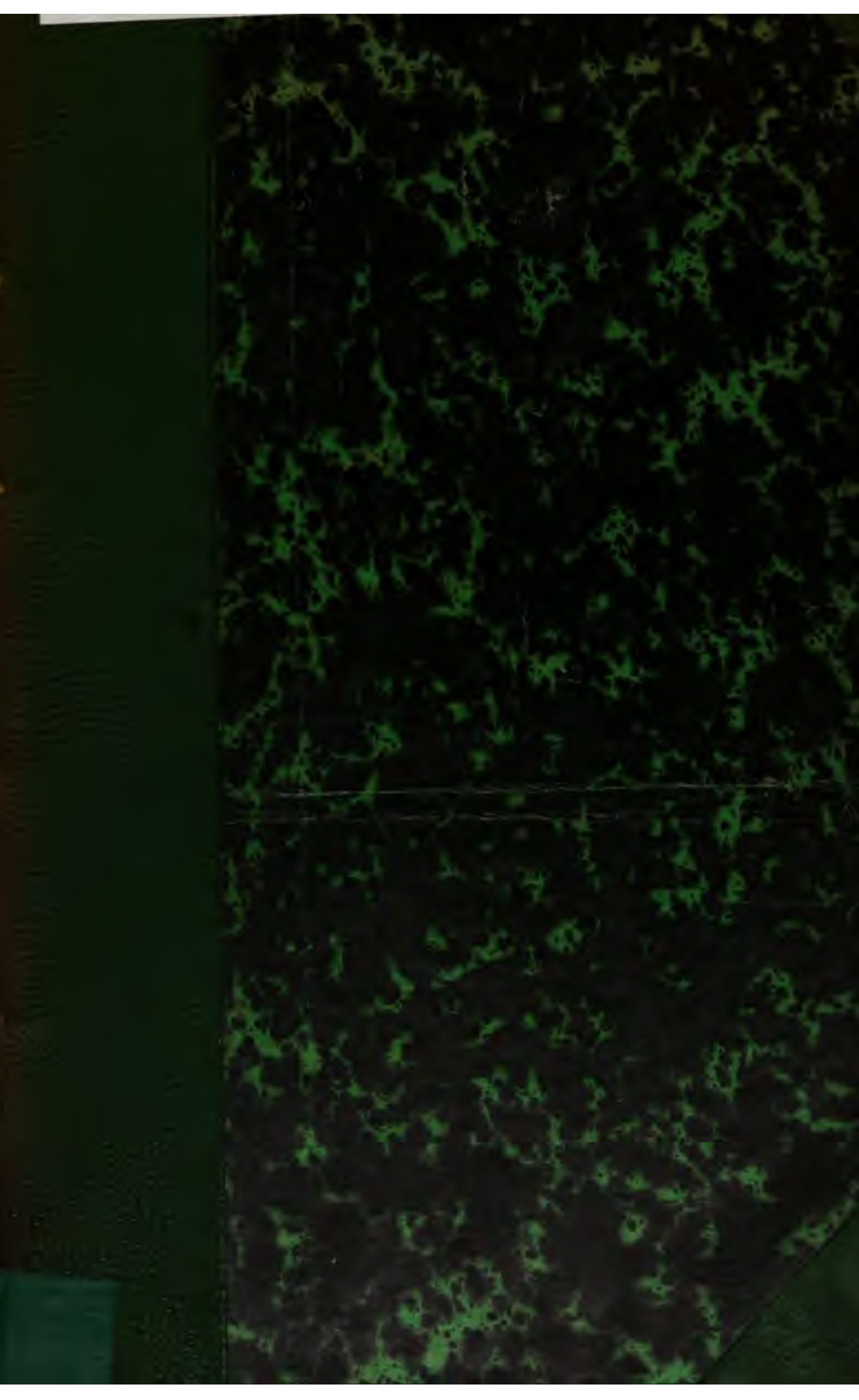




France

# HISTOIRE

# DU DROIT ET DES INSTITUTIONS

DE

# LA FRANCE

PAR

E. GLASSON
Membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté de droit de Paris,
Professeur honoraire à l'École libre des sciences politiques.

---

TOME TROISIÈME

ÉPOQUE FRANQUE (FIN).

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot, 24.

1889

# HISTOIRE

# DU DROIT ET DES INSTITUTIONS

## DE LA FRANCE

## III

Brunner. *Sippe und Wergeld nach niederdeutschen Rechten*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, t. III, p. 1.

Brunner. Mithio und Sperantes, dans les *Juristische Abhandlungen, Festgabe für Beseler*, Berlin, 1885.

Brunner. *Zur Rechsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, 1880.

Brunner. *Die Werthpapiere* dans le *Handbuch des deutschen Handels- See- und Wechselrechts*, t. II, p. 186 et 196.

Caillemer. *L'établissement des Burgondes dans le Lyonnais au milieu du Ve siècle*, 1 broch. in-8, Lyon, 1877 (Extrait du XVIIIe volume des Mémoires de l'Académie de Lyon).

Chamard (Don François). *De l'immunité ecclésiastique et monastique*, dans la *Revue des questions historiques*, t. XXII, p. 428.

Colas de la Noue. *Du prêt à intérêt en Grèce, à Rome, en Judée, dans le droit économique, le droit barbare et les coutumes féodales, d'après les ordonnances des rois de France, le Code Napoléon, les lois de* 1807 *et de* 1850.

Colin. *Des fiançailles et des promesses de mariage*, Paris, 1887, 1 vol. in-8 (Thèse de doctorat).

Cuënot. *Des droits de légitime et de réserve dans le droit romain, l'ancien droit français écrit et coutumier, le droit intermédiaire et le Code civil*, Paris, 1877, 1 vol. in-8 (Thèse de doctorat).

Dareste. *Des partages de terre par les Barbares dans les Gaules et de la propriété commune des Germains*, dans les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*, t. XLII, p. 273 et 383.

Dargun. *Mutterrecht und Raubehe*, Breslau, 1883, 1 vol. in-8.

Dedekind. *De ordine succedendi quo legibus et moribus Germanorum antiquii et medii aevi successio ex jure cognationis delata sit*, Göttingue, 1822.

Demante. *Des précaires ecclésiastiques dans leurs rapports avec les sources du droit romain*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. VI, p. 45.

Desforges. *Etude historique sur la formation du mariage en droit romain et en droit français*, Paris, 1887, 1 vol. in-8 (Thèse de doctorat).

Dubois. *De l'origine de la communauté*, dans la Revue de Wolowski, t. XXXVI, p. 368.

Dufourmantelle. *Du régime successoral des propres dans l'ancien droit et des vestiges qui en subsistent dans le droit actuel*, Paris, 1882, 1 vol. in-8 (Thèse de doctorat).

Dupuis. *Des droits accordés à la femme veuve par la coutume ou par la loi dans l'ancien droit et dans le droit moderne, en droit français*, Paris, 1887, 1 vol. in-8 (Thèse de doctorat).

Egly (d'). *Sur les adoptions par les armes*, dans l'Histoire de l'ancienne Académie des inscriptions, année 1747, t. XXI, p. 76.

Ehrenberg. *Kommendation und Huldigung*, Weimar, 1877, 1 vol. in-8.
Eschbach. *Notice historique sur l'institution contractuelle*, dans la Revue de Wolowski, t. XI, p. 127.
Esmein. *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. V, p. 21 et t. VI, p. 35. Ces articles ont été ensuite réunis en volume et, sous certains rapports, développés, Paris, 1883, 1 vol. in-8.
Faugeron. *Les bénéfices et la vassalité au IX<sup>e</sup> siècle*, Rennes, 1868.
Freund. *Was in der Were verstirbt*, Breslau, 1880.
Friedberg. *Das Recht der Ehe in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Leipsig, 1865.
Friedberg. *Verlobung und Trauung*, Leipsig, 1876.
Fustel de Coulanges. *Etude sur le titre de la loi salique* de migrantibus, dans la *Revue générale de droit*, année 1886, p. 5.
Fustel de Coulanges. *Etude sur l'immunité mérovingienne*, dans la *Revue historique* (de Monod), t. XXII et t. XXIII.
Gans (Edouard). *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung; eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte, etc.*, Stuttgard, 1824-1835, 4 vol. in-8 (Voir un article de M. Hase, dans le *Journal des savants*, année 1825, p. 620).
Garsonnet. *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, Paris, 1878, 1 vol. in-8.
Gaupp. *Germanische Ansiedlungen und Landtheilungen*, Breslau, 1844.
Gide. *Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte velléien*, 2<sup>e</sup> édition, revue par Esmein, Paris, 1885, 1 vol. in-8.
Gierke. *Erbrecht und Vicinenrecht im Edict Gilperichs*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XII, p. 430.
Ginoulhiac. *Histoire du régime dotal et de la communauté de biens en France*, Paris, 1842, 1 vol. in-8.
Glasson. *Le droit de succession dans les lois barbares*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. IX, p. 585.
Glasson. *Le mariage civil et le divorce*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1880, 1 vol. in-8.
Glasson. *Quelques observations sur la nature du droit de propriété à l'époque franque*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 2<sup>e</sup> série, t. XVI, p. 18.
Guérard. *La terre salique*, dans la *Bibliothèque de l'École des chartes*, 1<sup>re</sup> série, t. III, p. 113.
Habicht. *Die altdeutsche Verlobung*, 1879, 1 vol. in-8.
Hänel. *Eheliche Gütergemeinschaft in Ostfallen*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. I, p. 273.
Hanssen, *Agrarhistorische Abhandlungen*, Leipsig, 1880, 1 vol. in-8.
Havet (Julien). *Du partage des terres entre les Romains et les Bar-*

*bares chez les Burgondes et les Visigoths*, dans la *Revue historique* (de Monod), t. VI, p. 87.
Humbert. *Régime nuptial des Germains.*
Inama-Sternegg. *Untersuchungen über das Hofsystem*, 1873.
Jastrow. *Ueber das Eigenthum an und von Sclaven nach den deutschen Volksrechten*, dans les *Forschungen*, t. XIX, p. 626.
Jobbé-Duval. *Etude historique sur la revendication des meubles en droit français*, Paris, 1881, 1 vol. in-8.
Jollivet. *De la restitution de la dot et des donations entre époux en droit romain et des origines du douaire et de la communauté en droit français*, Paris, 1879, 1 vol. in-8 (Thèse pour le doctorat).
Karsten. *Die Lehre vom Vertrage*, Rostock, 1882, 1 vol. in-8.
Kayser. *Das Erbrecht nach den Edikten der langobardischen Könige*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. VIII, p. 466.
Klimrath. *De la saisine* dans la Revue de Wolowski, t. II, p. 356.
Kœnigswarter. *Essai sur la législation des peuples anciens et modernes, relative aux enfants nés hors mariage*, Paris, 1843.
Kœnigswarter. *Histoire de l'organisation de la famille en France, depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours*, Paris, 1851, 1 vol. in-8.
Kœnigswarter. *Du mariage dans son développement universel et historique* dans la Revue de Wolowski, t. XL, p. 5.
Kœhne. *Die Geschlechtsverbindungen der Unfreien im fränkischen Recht.*
Kohler. *Indisches Ehe- und Familienrecht*, dans la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, t. III.
Kohler. *Die Ehe mit und ohne* mundium, dans la *Zeitschrift für Vergleichende Rechtwissenschaft*, t. VI, p. 321.
Korn. *De obnoxiatione et Wadio antiquissimi juris Germanici*, Breslau, 1863.
Laband. *Wesen des römischen und germanischen Erbrechts*, 1861.
Laboulaye. *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Paris, 1839, 1 vol. in-8.
Laboulaye. *Recherches sur la condition civile des femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours*, Paris, 1843, 1 vol. in-8.
Laferrière. *Esprit du droit germanique, particulièrement en ce qui concerne l'état des personnes dans la famille et la constitution de la propriété*, dans la Revue de Fœlix, t. XIV, p. 853.
Lefort. *Etude sur l'histoire de la propriété. — Histoire des locations perpétuelles ou à longue durée*, Paris, 1874, 1 vol. in-8.
Lehmann. *Die altnordische Auflassung*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, t. V, p. 84.
Lehmann. *Verlobung und Hochzeit nach den nordgermanischen Rechten des früheren Mittelalters*, Munich, 1882, 1 vol. in-8.
Léouzon le Duc. *Le régime de l'hospitalité chez les Burgondes*, dans

la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XII, année 1888, p. 232.

Levis. *De origine facultatis hæredibus in jure germanico concessæ prohibendi alienationem rerum immobilium*, Berlin, 1852.

Lippert. *Die Geschichte der Familie*, Stuttgard, 1884, 1 vol. in-8.

Löning. *Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen*, 1876, 1 vol. in-8.

Médecin. *Etude historique sur la condition des enfants nés hors mariage à Rome et dans l'ancien droit français et sur la condition des enfants naturels reconnus d'après le Code civil*, Paris, 1879, 1 vol. in-8 (Thèse de doctorat).

Michelsen. *Ueber die Festuca notata*, Iéna, 1856.

Miller. *Das longobardische Erbrecht*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t XIII, p. 38.

Morillot. *De la condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen âge en Europe*, 1 vol. in-8 (Cpr. *Revue historique de droit français et étranger*, t. XII, p. 149 et suiv.).

Olivecrona (d'). *Précis historique de l'origine et du développement de la communauté des biens entre époux*. Paris, 1866, 1 vol. in-8 (Extrait de la *Revue historique de droit français et étranger*, année 1865).

Ortlieb. *Des effets de la possession des meubles, dans le droit français ancien et moderne*, Nancy, 1871 (Thèse pour le doctorat).

Pappenheim. *Launegild und Garethinx*, Breslau, 1882, 1 vol. in-8.

Pappenheim. *Sur l'ordre de succession dans l'ancien droit lombard*, (en allemand) dans les *Forschungen zur deutschen Geschichte*, t. XXIII.

Pardessus. *De la formule* cum stipulatione subnexa *qui se trouve dans un grand nombre de chartes*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 1re série, t. II, p. 425.

Pardessus. *Notice sur une loi inédite de Sigismond, roi de Bourgogne, relativement aux enfants exposés*, dans le *Journal des savants*, année 1839, p. 385.

Passy (Louis). *Les origines de la communauté de biens entre époux*, Paris, 1857, 1 vol. in-8.

Prost. *L'immunité*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. VI, p. 113 et 262.

Rathery. *Histoire du droit de succession des femmes*, dans la Revue de Wolowski, t. XVIII, p. 61, 385, 641.

Rathgen. *Entstehung der Märkte in Deutchland*, 1881.

Rimasson. *Essai sur la législation du douaire dans le droit germanique*, dans la *Revue de législation ancienne et moderne*, t. I, p. 157 et 272.

Rive. *Zur Frage nach dem Princip der Successionsordnung im germanischem Recht*, dans le *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, t. VI, p. 197.

Rivière. *Histoire des biens communaux en France depuis leur origine jusqu'à la fin du XIII^e siècle*, Paris, 1856, 1 vol. in-8.

Rosin. *Commentatio ad tit. legis salicæ LIX* « de alodis », Breslau, 1875, 1 vol. in-8.

Ross. *The early history of land holding among the Germans*, London, chez Trübner, 1883, 1 vol. in-8.

Roth. *Geschichte des Beneficialwesens von der ältesten Zeiten bis in das zehnte Jahrhundert*, Erlangen, 1850, 1 vol. in-8.

Roth. *Feudalität und Unterthanverband*, Weimar, 1863, 1 vol. in-8.

Salis. *Beiträge zur Geschichte der väterlischen Gewalt nach altfranzösischem Recht*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, t. VII, p. 137.

Salvandy. *Essai sur l'histoire et la législation particulière des gains de survie entre époux*, Paris, 1855, 1 vol. in-8 (Thèse pour le doctorat).

Scheurl. *Die Entwicklung des kirchlichen Eheschliessungsrechts*, Erlangen, 1877.

Schröder. *Die Franken und ihr Recht*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, partie germanique, 1881.

Schröder. *Geschichte des ehelichen Güterrechts*, Dantzig, 1863-1874. 2 vol. in-8.

Schröder. *Gairethinx*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, année 1886, t. VII, p. 53.

Schröder. *Die Erbpfälzer zu Werl. Ein Beitrag zur Lehre vom Gesammteingenthum und der Stammgutsnachfolge*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. X, p. 258.

Schult. *Verlobung und Trauung zugleich als Kritik von Sohm*, Leipsig, 1876. — Sohm a répondu sous ce titre : *Trauung und Verlobung*, Weimar, 1876.

Schulze. *Das Recht der Erstgeburt*, Leipsig, 1851, 1 vol. in-8.

Schupffer. *La famiglia presso i Longobardi* dans l'*Archivio giuridico*, Bologne, 1868.

Schupfer. *Degli ordini sociali e del possesso fondiario appo i Langobardi*, 1871.

Serrigny. *Des alleux*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 2^e série, t. III, p. 472.

Seuffert. *Materialien zur Deutung von stipulatio in mittelalterlichen Urkunden*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, t. II, p. 115.

Seuffert. *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, Nördlingen, 1881.

Siegel. *Das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellem des Mittelalters in seinem inneren Zuzammenhange dargestellt*, Heidelberg, 1853.

Siegel. *Die germanische Verwandschaftsberechnung mit besonde-*

*rer Beziehung auf die Erbenfolge*, Giessen, 1853, 1 vol. in-8.

Silberschmidt. *Die* commenda *in ihrer frühesten Entwickelung bis zum XIII Jahr. Ein Beitrag zur Geschichte der stillen Gesellschaft*, 1 vol. in-8, Wurtzbourg, 1884.

Sohm. *Das Recht der Eheschliessung*, Weimar, 1875.

Sohm. *Trauung und Verlobung*, Weimar, 1876.

Sohm. *Zur Geschichte der Auflassung*, Strasbourg, 1879.

Stobbe. *Miteigenthum und gesammte Hand*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. IV, p. 207.

Stobbe. *Reurecht und Vertragsschluss nach älterem deutschen Recht*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XII, p. 214 et suiv.

Stouff. *Etude sur la formation des contrats par l'écriture dans le droit des formules du Ve au XIIe siècle*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, t. XI, p. 249.

Summer-Maine. *Conjecturæ de origine et progressu testamentorum apud Romanos pariter ac Germanos aliosque populos*, Berlin, 1735, 1 vol. in-4.

Tardiff (Adolphe). *Des origines de la communauté de biens entre époux*, Paris, 1850 (Thèse pour le doctorat).

Thévenin. *Contribution à l'histoire du droit germanique*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. III, p. 323 et t. IV, p. 60 et 447.

Thévenin. *Les* communia, dans les *Mélanges de Rénier*, Paris, 1886.

Thudichum. *Die Gau- und Markverfassung in Deutschland*, Giessen, 1860.

Vanderkindere. *La condition de la femme et le mariage à l'époque mérovingienne*, dans le *Bulletin de l'Académie royale des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique*, année 1888.

Vecchio (Alberto del). *Le seconde Nozze del conjuge superstite.*

Viollet (Paul). *Caractère collectif des premières propriétés immobilières*, dans la *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, t. XXXIII, p. 455.

Waitz. *Ueber die Anfänge der Vasallität*, Göttingue, 1856, 1 broch. in-4 ; a paru dans les *Abhandlungen der Königlichen Gesellschaft der Wissenschaften*, Göttingue, 1856, t. VII.

Waitz. *Ueber die altdeusche Hufe*, dans les *Abhandlungen* de Göttingue, année 1854, t. VI, p. 179.

Warnkönig. *Exposé historique du droit de succession en France.*

Warnkönig. *Examen des recherches sur la condition civile des femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours* par Laboulaye, dans *Revue de Wolowoski*, t. XVIII, p. 238.

Wasserschleben. *Das Princip der Successionordnung nach deutschem, insbesondere nach sächsischem Rechte*, Gotha, 1860.

Wasserschleben. *Die germanische Verwandtschaftsberechnung und*

*das Princip der Erbenfolge nach deutschem, insbesondere sächsischem Rechte*, Giessen, 1864.

Witte. *Die bindende Kraft des Willens im aldeutchen Obligationrecht*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. VI, p. 448.

Zimmerle, *Stammgutssystem.*

VII et VIII. — ORGANISATION JUDICIAIRE.

Beauchet. *Histoire de l'organisation judiciaire en France. Époque Franque*, Paris, 1 vol. in-8.

Beaudouin (Edouard). *La participation des hommes libres au jugement dans le droit franc. 1° L'organisation judiciaire primitive. 2° Le chef du tribunal dans l'Empire franc. 3° La convocation* des *hommes libres au tribunal. 4° Les rachimbourgs*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, t. XI, p. 450, 557, t. XII, p. 122.

Brewer. *Geschichte der französichen Gerichtsverfassung.* Düsseldorf, 1835, 2 vol. in-8.

Dove. *Die frankischen Sendgerichte*, dans la *Zeitchrift für Kirchenrecht*, t. IV.

Esmein. *La chose jugée dans le droit de l'empire franc* dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XI, année 1887, p. 545.

Fournier (Marcel). *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, Paris, 1881, in-8 (Thèse pour le doctorat, soutenue devant la Faculté de droit de Paris).

Fresquet (de). *Quelques recherches sur l'organisation judiciaire et la procédure chez les Francs*, dans la Revue de Fœlix, t. XVI, p. 1008 et t. XVII, p. 240.

Fustel de Coulanges. *Note à propos des articles de M. Beaudouin sur la participation des hommes libres au jugement dans le droit franc,* dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, t. XI, p. 758

Fustel de Coulanges. *De l'analyse des textes historiques*, dans la *Revue des questions historiques*, t. XLI, p. 1, (à propos du travail de Monod intitulé *Les aventures de Sichaire*, qui a paru dans le t. XXXI de la *Revue historique*). Voyez la réponse de M. Monod dans la *Revue des questions historiques*, t. XLI, p. 540, et la réplique de M. Fustel de Coulanges, *ibid.*

Fustel de Coulanges. *Recherches sur quelques problèmes d'histoire ;* IV, *De l'organisation judiciaire dans le royaume franc*, Paris, 1885, 1 vol. in-8.

Gibert. *Recherches historiques sur les cours qui exerçaient la justice souveraine de nos rois, sous la première, la seconde race et au commencement de la troisième*, dans le Recueil des Mémoires de l'ancienne Académie des inscriptions, t. XXX, p. 587.

Henrion de Pansey. *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, Paris, 1810, 1 vol. in-8.
Hermann. *Ueber die Entwicklung der altdeutschen Schöffengerichte*, 1 vol. in-8, Breslau, 1881.
Maurer. *Geschichte der altgermanischen Gerichtsverfahrens.*
Meyer. *Die Gerichtsbarkeit über Unfreie und Hintersassen nach ältestem Recht*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, II, p. 83 et t. III, p. 102.
Monod. *Les aventures de Sichaire,* dans la *Revue historique*, t. XXI.
Monod. *Les mœurs judiciaires au XIII*[e] *siècle, d'après la* Paraenesis, ad judices *de Théodulf*, dans la *Revue historique* de Monod, t. XXXV, p. 1.
Moreau de Jonnès. *De la statistique judiciaire des Francks*, dans les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*, t. XVIII, p. 281.
Pardessus. *Des juridictions privées ou patrimoniales sous les deux premières races*, dans la *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, 1[re] série, t. II p. 97.
Rogge. *Ueber das Gerichtswesen der Germanen*, Halle, 1820, in-8.
Sickel. *Die Entstehung des Schöffengerichts*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, t. VI, p. 1.
Sohm. *Reichs- und Gerichtsverfassung.*
Thonissen. *L'organisation judiciaire sous le régime de la loi salique,* dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. III, p. 31.
Thonissen. *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique*, Bruxelles, 1[re] éd. 1882, in-4°; 2[e] éd., 1883, in-8. La seconde édition ne diffère en rien de la première.
Unger. *Die Altdeutsche Gerichtsverfassung*, Göttingue, 1862, 1 volume in-8.

## IX et X. — LA PROCÉDURE.

Albrecht. *Doctrinæ de probationibus secundum jus germanicum medii ævi adumbratio*, 1[re] éd. 1825; 2[e] éd. 1827.
Ameilhon. *Remarques critiques sur l'espèce d'épreuve judiciaire, appelée vulgairement l'Épreuve de l'eau froide*, 1769, dans le Recueil des Mémoires de l'ancienne Académie des inscriptions, t. XXXVII, p. 556.
Arbois (d') de Jubainville. *La saisie dans la loi salique et dans le droit irlandais,* dans *la Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1888, t. XII, p. 303.
Bar (Von). *Das Berweisurtheil des germanischen Processes, Ein Beitrag zur Geschichte und Kritik des deutschen Processes und*

*des deutschen Rechtes*, Hanovre, 1886, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. X, p. 92 et suiv.

Bataillard. *Origines de l'histoire des Procureurs*, Paris, 1868, in-4.

Bethmann-Hollweg. *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung.* Les trois premiers volumes de ces volumes sont consacrés à la procédure romaine. Le 4e et le 5e ont pour titre : *Der germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter*. Le 4e volume s'étend du Ve au VIIIe siècle et le 5e du VIIIe au XIe siècle.

Biener. *Beiträge zur der Geschichte des Inquisitionsprocesses und der Geschwornengerichte*, 1827.

Böhlau. *Zur Lehre von den Erbverträgen*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. V, p. 472.

Bresslau. *Urkundenbeweis und Urkundenschreiber im älteren deutschen Recht*, dans les *Forschungen*, t. XXVI, p. 1.

Brocher. *Les origines de la procédure civile*, dans la *Revue générale de droit*, t. I, p. 97, 464 ; t. IV, p. 215.

Brunner. *Die Entstehung der Schwurgerichte*, Berlin, 1871, 1 vol. in-8.

Brunner. Zeugen *und Inquisitionsbeweis im deutschen Gerichtsverfahren karolingischer Zeit*, Vienne, 1865, in-8.

Brunner. Carta *und* Notitia, dans les *Commentationes in Honorem Mommsem*, Berlin, 1877.

Brunner. *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, 1880.

Brunner. *Das Gerichtszeugniss und die Frankische Königsurkunde*, Berlin, 1873.

Brunner. « Jurare ad dei judicia », *Eine Glose zu Cap. Pipp.* 782-787, § 8 (Pertz, *Leges*, I, 43) (dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XI, p. 317).

Buchwald. *Sur la procédure dans les jugements de Dieu* (en allemand) dans les *Mittheilungen des Instituts für österreischische Geschichtforschungen*, t. V.

Cohn. *Die Justizverweigerung im altdeutschen Recht*, Karlsruhe, 1876.

Cosack. *Die Eidhelfer der Beklagten nach ältestem deutschem Recht*, Stuttgard, 1 br. in-8.

Dahn. *Studien zur Geschichte der germanischen Gottes Urtheile*, Munich, 1857.

Daniels. *Ursprung und Werth der Geschwornenanstalt*, 1848.

Daniels. *System und Geschichte des französischen und rheinischen Civilprocess*, 1849.

Duclos. *Mémoire sur les épreuves par le duel et par les éléments, communément appelées jugements de Dieu par nos anciens Français*, dans le Recueil des Mémoires de l'ancienne Académie des inscriptions, année 1739, t. XV, p. 617.

Germeiner. *Ueber Eideshülfe und Eideshelfer des alten deutschen Rechts*, Munich, 1848.

Gaudenzi. *L'antica procedura germanica e le Legis Actiones del Diritto romano.*

Heinze. *Zur Geschichte der Sicherheitsstellung im germanischen Strafverfahren* dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. X, p. 450.

Kohler. *Zur Geschichte der executorischen Urkunde in Frankreich*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, année 1887, t. VIII, p. 120.

London. *Die Anefangsklage in ihrer ursprünglichen Bedeutung*, Breslau, 1886, 1 vol. in-8.

Löning. *Der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen im deutschen Mittelalter*, Heidelberg, 1880, 1 vol. in-8.

Mayer. *Geschichte der Ordalien insbesondere der gerichtlichen Zweikämpfe in Deutsland*, Iena, 1795.

Maurer. *Die Beweisverfassung nach deutschen Rechten*, dans la *Kritische Ueberschau*, V, 197 et suiv.

Maurer. *Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens*, Heidelberg, 1824, 1 vol. in-4.

Plank. *Die Lehre vom Beweisurtheil*, 1848.

Plank. *Das Recht der Beweisführung nach dem älteren deutschen, besonders sächsischen Verfahren*, dans la *Zeitschrift für deutsches Recht*, 1846, t. X, p. 205-324.

Sachsse. *Das Beweisverfahren nach deutschem, mit Berücksichtigung verwandter Rechte des Mittelalters*, Erlangen, 1855.

Schröder. *Possessorisches Verfahren in Franken*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. VIII, p. 163; t. X, p. 292.

Siegel. *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens*, Giessen, 1857, in-8.

Sohm. *Ueber : « Heinrich Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis der karolingischen Zeit, »* dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. VII, p. 142.

Sohm. *Der Processz der* Lex Salica, Weimar, 1867, in-8. Ce travail a été traduit en français pas Marcel Thévenin, dans ses *Etudes sur les institutions germaniques*, Paris, 1873; fait partie de la *Bibliothèque des hautes études*, 13e fascicule.

Thonissen. *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique.* Déjà cité.

Unger. *Der gerichtliche Zweikampf bei den germanischen Völkern*, Göttingue, 1847.

Vertot (l'abbé de). *Dissertation sur l'ancienne forme des serments usités parmi les Français*, dans le *Recueil des mémoires de l'ancienne Académie des inscriptions*, t. II, p. 640.

Weber. *Essai sur les ordalies et jugements de Dieu*, dans la *Thémis*, t. V, p. 57.

Wetzell. *System des ordentlichen Civilprocess*, 2e éd. Leipsig, 1855, in-8.

Zeumer. *Ueber den Ersatz verlorener Urkunden im fränkischen Reiche*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, t. I, p. 89.

Zorn. *Das Beweisverfahren nach langobardischem Process*, Munich, 1872.

Demarsy. *Du vol et de sa répression*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. XIII, p. 321 ; t. XV, p. 273. A paru ensuite en un vol. in-8.

## XI. — DROIT CRIMINEL.

Du Boys. *Histoire du droit criminel des peuples modernes*, Paris, 1854-1860, 3 vol. in-8.

Du Boys. *Histoire du droit criminel de la France*, Paris, 1874, 2 vol. in-8.

Fuld. *Das Asylrecht im Alterthum und Mittelalter*, dans la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissesnchaft*, t. VII, p. 102 et 285.

Gaupp. *Ueber das Wergelds- und Bussensystem der alten Lex Frisionum*, dans ses *germanistischen Abhandlungen*, 1853.

Jastrow. *Zur strafrechtlichen Stellung der Sklaven bei Deutschen und Angelsachsen*, dans les *Untersuchungen* de Gestre, t. II, année 1878.

Köstlin. *Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im neunzehntens Jahrhundert*, 1849.

Miklosich. *Le droit de vengeance chez les Slaves* (en allemand), dans le *Recueil de l'Académie des sciences de Vienne*, section de philosophie et d'histoire, t. XXXVI.

Osenbrüggen. *Das Strafrecht der Langobarden*, 1863.

Stein. *Geschichte des französischen Strafrechts und des Processes*, Bâle, 1875, 1 vol. in-8.

Thonissen. *Le droit de vengeance dans la législation mérovingienne*, dans les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*, t. CXI, p. 45 et 335.

Thonissen. *Mémoire sur les peines capitales* dans la *législation mérovingienne*, 1877.

Thonissen. *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique*. Déjà cité.

Vanderkindere. *Sur la* dilatura *dans les textes francs*, dans le *Bulletin de l'Académie royale des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique*, année 1888.

## XII. — L'ÉGLISE ET L'ÉTAT.

Bayet. *Les élections pontificales sous les Carolingiens aux VIIIe et IXe siècles* dans la *Revue historique*, janvier 1884. Cpr. *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*, t. CXXI, p. 672.

Beauchet. *Origine de la juridiction ecclésiastique*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1883, p. 387 et 503.

Beaurepaire. *Essai sur l'asile religieux dans l'empire romain et la monarchie française*, 1854, 1 vol. in-8.

Beugnot. *Mémoire sur la spoliation des biens du clergé attribuée à Charles Martel*, dans le Recueil des Mémoires de l'Académie des inscriptions, t. XIX, 2e partie, p. 361.

Brocher de la Fléchère. *L'Eglise et l'Etat dans l'empire franc*, dans la *Revue de droit international*, année 1887, t. XIX, p. 182.

Brunner. *Zur Geschichte des fränkischen Gefolgwesens. 1. Die Antrustrionen und der Hausmeier. 2. Die fränkischen* Gasindi *und die sogenannte Säcularisation der Kirchenguten. 3. Die römischen* Protectores, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, t. IX, p. 210.

Chamard (Dom François). *Saint-Maximin de Trèves, Saint-Athanase et les semi-Ariens*, dans la *Revue des questions historiques*, t. II, p. 5.

Charmasse (Anatole de). *L'ordre de Cluny au Xe et au XIIIe siècle*, dans la *Revue des questions historiques*, t. VI, p. 265.

Chevalard (L'abbé). *L'Eglise et l'Etat en France au IXe siècle*, Lyon, Josserand, 1868, 1 vol. in-8.

Clouet. *Histoire ecclésiastique de la province de Trèves*, Verdun, 1843, 2 vol. in-8.

Coulondre. *Des acquisitions de biens par les établissements de la religion chrétienne en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, 1886, 1 vol. in-8 (Thèse pour le doctorat).

Daun. *Du droit d'asile depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, traduit par Payelle, dans la Revue de Fœlix, t. XV, p. 199.

Destombes (l'abbé). *Histoire de Saint-Amand évêque missionnaire, et étude sur l'état du christianisme chez les Francs du Nord*, 2e éd., Douai, 1867, 1 vol. in-12.

Doublet. *Histoire de l'abbaye de Saint-Denis*, Paris, 1625, 2 vol. in-4.

Dove. *De jurisdictionis ecclesiasticæ apud Germanos Gallosque progressu*, 1855.

Duchesne. *Liber pontificalis* (en cours de publication). Cpr. *Revue des questions historiques*, t. XXIX, p. 246.

Duchesne. *La date et les recensions du* liber pontificalis, dans la *Revue des questions historiques*, t. XXVI, p. 493.

Endemann. *Studien in der rom. kan. Wirthschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des siebs. Jahrhunderts.*

Fournier (Paul). *La question des fausses décrétales* dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XII, année 1888, p. 103.

Friedrich. *Kirchengeschichte Deutschlands*, 2 vol., 1867-1869.

Fuld. *Das Asylrecht im Alterthum und Mittelalter*, dans la *Zeit-*

*schrift für vergleichende Rechtswissenchaft*, 1887, t. VII, p. 102 et 285.

Funk. *Doctrina duodecim apostolorum. Canones apostolorum ecclesiastici ac reliquæ doctrinæ de duabus viis expositiones veteres. Edidit, adnotationibus et prolegomenis illustravit versionem latinam addidit* Funk, 1 vol. in-8, Fubingue, 1887.

Gay (le Père). *Sainte-Clotilde et les origines chrétiennes de la nation et monarchie françaises,* Paris, 1867, 1 vol. in-8.

Hauck. *Bischofswahlen unter den Merovingern*, 1883.

Hefele. *Sclaverei und Christenthum, Beiträge zur Kirchengeschichte*, Tubingue, 1864, 1 vol. in-8.

Hefele. *Conciliengeschichte nach den Quellen bearbeitet*, 2e éd., Fribourg, 1885, 5 vol. in-8. (Cet ouvrage a été continué par le cardinal Hergenrœther; le 8e volume, comprenant les années 1435 à 1510 vient de paraître. Il existe une traduction française de cet important ouvrage par Dulac).

Hegel. *Ueber die Einführung des Christentums bei den Germanen*, 1856.

Hinschius. *Decretales pseudo-isidorianæ*, Leipsig, 1863.

Kunstmann. *Die Canonensammlung des Remedius von Chur*, Tubingue, 1836.

Laferrière. *Recherches sur le recueil des fausses décrétales et des faux capitulaires*, t. XVIII, p. 612.

Langen. *Nochmals: Wer ist Pseudo-Isidor*, dans l'*Historische Zeitschrift*, t. XII.

Le Blant. *Inscriptions chrétiennes de la Gaule antérieures au VIIIe siècle* (Cpr. un article de M. Vitet, dans le *Journal des Savants,* année 1867, p. 137).

Löning. *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, Strasbourg, 1878, 2 vol. in-8. Le premier volume s'occupe de la Gaule depuis Constantin jusqu'à Clovis et le second volume est consacré aux temps des Mérovingiens.

Maassen. *Glossen des canonischen Rechts aus dem karolingischen Zeitalter*, dans les *Sitzungsberichte* de l'Académie de Vienne, année 1877.

Montalembert (de). *Les moines d'Occident*, Paris, 1874-1877, 7 vol. in-8 (Cpr. un travail sur cet ouvrage par Léon Gautier, dans la *Revue des questions historiques*, t. III, p. 547).

Nicolaï (von). *Der heilige Benedict, Gründer von Aniane und Cornelimünster (Juda), Reformator des Benedictinerordens*, Cologne, 1865, 1 vol. in-8.

Nissl. *Der Gerichtsstand des Clerus im fränkischen Reich*, Insbruck. 1886, 1 vol. in-8.

Pignot. *Histoire de l'ordre de Cluny depuis la fondation de l'abbaye jusqu'à la mort de Pierre le Vénérable* (909-1157), Autun chez Dejussieu, 3 vol. in-8.

Pouilly (de). *Dissertation sur la naissance et les progrès de la juridiction temporelle des églises, depuis l'établissement de la monarchie jusqu'au commencement du XIVe siècle*, 1770, dans le Recueil des Mémoires de l'ancienne Académie des inscriptions, année 1770, t. XXXIX, p. 566 et 590.

Rettberg. *Kirchengeschichte Deutschlands*, 1846-1848, 2 vol. in-8.

Roth. *Die Säcularisation des Kirchengutes unter den Karolingern*, dans les *Münchener historischen Jahrbücher*.

Rouquette (l'abbé). *Sainte-Clotilde et son siècle*, Paris, 1867, 1 vol. in-8.

Schilling. *De origine jurisdictionis ecclesiasticæ in civilibus rebus*, Leipsig, 1 vol. in-4.

Schrörss. *Hinkmar*, *Erzbischof von Reims*, Fribourg, 1884.

Simson. *Die Entstehung der Pseudo-isidorischen Fälschungen in* le Mans, Leipsig, 1886.

Sohm. *Die geistliche Gerichtsbarkeit im fränkischen Reich*, dans la *Zeitschrift für Kirchenrecht*, t. XI, p. 193, Tubingen, 1870, in-8.

Teulet. *Le droit d'asile*, dans la *Revue de Paris*, année 1834.

Vallon. *Le droit d'asile*, Paris, 1837.

Weitzsäcker. *Der Kampf gegen den Chorepiscopat des fränkischen Reiches*, 1859.

Weitzäcker. *Hincmar und Pseudo-Isidorus*, dans la *Zeitschrift für historische Theologie*, 1858.

# TROISIÈME PARTIE

# ÉPOQUE FRANQUE

(*Suite*).

## CHAPITRE VI.

## Le droit civil.

### § 1er. — LA FAMILLE ROMAINE ET LA FAMILLE GERMANIQUE.

Il existait dans notre ancienne France deux familles bien distinctes sous différents rapports, surtout au point de vue de l'autorité paternelle. Cette puissance cessait de bonne heure dans les pays situés au centre et au Nord; elle avait surtout pour objet la protection de l'enfant. Au Sud, elle conserva toujours des traces d'une autorité perpétuelle établie en faveur du père.

C'est qu'en effet les traits caractéristiques de la famille germanique avaient pénétré jusqu'à la Loire, et même au-delà, tandis que dans le Sud le droit romain avait conservé son influence. La famille germanique repose avant tout sur l'idée de protection, la famille romaine sur le principe de l'autorité. Il est très probable qu'à une certaine époque cette puissance absolue du *paterfamilias* sur tous ceux qui l'entouraient, avait été organisée autant et même plus dans un but politique, qu'avec l'intention de procurer des avantages au chef de famille. Mais dans la suite et surtout après la ruine des libertés publiques, on se préoccupa moins de l'intérêt de l'État et la puissance paternelle tout entière tourna au pro-

fit exclusif du *paterfamilias;* c'est avec ce caractère qu'elle a passé dans nos pays de droit écrit. Chez les Germains, le pouvoir n'était pas concentré directement dans les mains de quelques-uns. L'Etat se composait d'un certain nombre de communautés dans lesquelles résidait la souveraineté de la famille. Le chef était surtout un administrateur et un protecteur (1). La famille présentait ainsi un double caractère : elle était à la fois de droit public et de droit privé. Comme institution de droit public, elle formait le premier degré des communautés qui constituaient l'Etat. Chez les Germains la famille était même une des subdivisions de l'armée à la guerre. On la considérait aussi à l'intérieur comme une association de défense armée. Nous aurons plus d'une fois occasion de constater que le droit de guerre et celui de vengeance existaient de famille à famille.

Au point de vue du droit privé, la famille reposait aussi avant tout sur la nécessité de la défense ou de la protection. Le chef exerçait le *mundium* sur toutes les personnes groupées autour de lui, femmes, descendants, hôtes, esclaves. Ce *mundium* était surtout une puissance de garantie. Le mot même éveille cette idée et s'est transmis au travers des siècles avec ce sens. Aujourd'hui encore la tutelle s'appelle en Allemagne *Vormunschaft*. Tandis que la *patria potestas* ne conférait chez les Romains que les droits sans imposer aucun devoir, le *mundium* germanique, tout en donnant des droits, droit au vergeld, droit de jouissance sur les biens des incapables, droit de juridiction (1), créait en même temps des devoirs, obligation de venger, obligation de payer le vergeld, obligation de protéger d'une manière vague et générale (2).

(1) Voyez ce que nous avons dit à cet égard dans notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre.*

(2) Le chef de famille avait seul le pouvoir de juridiction sur les enfants mâles et sur les femmes soumises à son *mundium*. Quant aux femmes sur lesquelles il n'avait pas le *mundium*, il ne l'exerçait qu'assisté d'un conseil de famille, et cela était vrai même s'il s'agissait de sa propre femme. Mais en fait les parents d'une femme mariée ne l'abandonnaient pas et se permettaient même parfois une véritable surveillance sur son mari. Voy. Grégoire de Tours, liv. X, § 27.

Ce mot *mundium* avait en réalité un sens très large tandis que celui de *patria potestas* était étroit chez les Romains. Ceux-ci connaissaient encore trois autres puissances : la *manus*, le *mancipium*, la *dominica potestas*. Chez les Germains, il n'existe à proprement parler qu'un seul mot pour exprimer à la fois l'autorité et la protection (1), le *mundium*, terme qui désigne la main, signe extérieur de la puissance (2) sur la femme, sur les descendants, sur les affranchis, sur les esclaves, sur les personnes en tutelle (3).

La famille romaine ne tenait compte que de l'agnation ou parenté par les mâles; la famille germanique comprenait tous ceux qu'unissait le lien du sang et n'établissait aucune distinction entre les parents par les mâles et les parents par les femmes. Il semble même qu'à l'origine la famille germanique ait été uniquement fondée par la parenté par les femmes. On sait que telle est en effet, dans les temps les plus reculés de l'humanité, la base ordinaire de la famille (4), la parenté par les femmes étant seule certaine à une époque où l'union des sexes n'est pas encore organisée en mariage (5). Tacite

(1) Il est à peu près certain d'ailleurs qu'à Rome il n'y a eu aussi à l'origine qu'une seule puissance, la *manus*, mais elle s'est décomposée de bonne heure en plusieurs autres, tandis que chez les Germains ce travail de séparation ne s'est jamais fait.

(2) *Mundium* et *manus* ont, nous le rappelons, au point de vue étymologique, la même racine: c'est par erreur qu'on a rattaché le *mundium* au mot *Mund* (bouche), et qu'on a souvent pris comme synonyme de ce mot, dans les textes latins, *sermo* ou *verbum*. Cpr. Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 447; Rive, *Geschichte der deutschen Vormundschaft*, Brunswick, 1862, I, p. 222-223; Bluhme, *Die Mundschaft nach Langobardenrecht* dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XI, 1873, p. 377.

(3) Voyez par exemple la loi des Alamans, tit. LI, § 3, tit. LIV, § 2. Edit de Rotharic, chap. 188 et 190, Pertz, *Leges*, IV, p. 45.

(4) On pourra consulter sur ce point les observations de Sumner Maine, *Dissertations on early law and custom*, traduit en français par Réné de Kerallain, sous le titre *Etudes sur l'histoire des institutions primitives*, Paris, 1884. Il ne faut pas confondre cet ouvrage de Sumner Maine avec deux autres du même auteur, l'*Ancien droit*, traduit en français par Courcelle Seneuil, Paris, 1874; *Etudes sur l'histoire des institutions primitives*, traduit en français par Durieu de Leyritz, Paris, 1880.

(5) Voyez sur la parenté par les femmes, base de la famille à l'époque des unions libres et temporaires, Bachofen, *Das Mutterrecht*, Stuttgard, 1861, 1 vol. in-4. — Giraud Teulon, *Les origines de la famille*. — John Fergusson M' Lennan, *Studies in ancient history comprising a reprint of primitive marriage*, London,

nous apprend que chez les Germains les oncles éprouvaient une considération toute particulière pour les fils de leurs sœurs et c'est là bien certainement une tradition de l'antique préférence accordée à la parenté par les femmes (1). La famille romaine apparaît comme une création arbitraire du législateur; la famille germanique était au contraire conforme au droit naturel. Les femmes sortaient de cette famille lorsque le père les mariait; le *mundium* se transmettait alors du chef au mari. Mais tant qu'elles n'étaient pas mariées, elles restaient, à raison même de leur faiblesse, sous le *mundium* du chef, de même que dans l'ancien droit romain elles auraient été soumises à une tutelle perpétuelle (2). Quant aux enfants mâles, ils pouvaient à un certain âge échapper au *mundium* en fondant un établissement séparé; mais ils ne sortaient pas de la famille à la différence de ce qui avait lieu chez les Romains pour l'enfant émancipé par le *paterfamilias*. La famille germanique offrait donc moins de cohésion que la famille romaine, mais elle présentait surtout l'avantage de laisser à l'individu l'indépendance compatible avec son âge et avec l'état social.

La famille germanique est demeurée à peu près intacte dans le centre et le nord de la Gaule. Si elle a subi quelques

1876. — Sir John W. Lubbock, *The origin of civilisation and the primitive condition of man*, third edit., London, 1875. *Researches into the early history of mankind*, third edit., London, 1878.— Duguit, *Quelques mots sur la famille primitive*, Paris, Larose, 1883. Cet ancien usage s'est transmis chez certains peuples de la basse Navarre et existe aussi parmi les peuplades de l'Amérique et de l'Océanie. Voyez Cordier, *Le droit de famille aux Pyrénées*, p. 55. Disons une fois pour toutes qu'on trouvera des détails très intéressants et une bibliographie fort complète sur tout ce qui concerne les institutions primitives de l'humanité dans l'ouvrage suivant : Bastian, *Die Rechtsverhältnisse bei verchiedenen Völkern der Erde*, 1 vol. in-8 Berlin, 1872.

(1) Tacite, *Germanie*, § 20 : « *Sororum filiis idem apud avunculum qui ad patrem honor. Quidam sanctiorem arctioremque hunc nexum sanguinis arbitrantur et in accipiendis obsidibus magis exigunt, tanquam et animum firmius et domum latius teneant.* » L'historien romain ajoute que cette préférence n'a laissé aucune trace dans le droit successoral. Voyez cependant Loi salique, tit. LIX, § 3, et ce que dit Dargun, *Mutterrecht und Raubehe*, p. 60 et suiv.

(2) Dans certaines parties de l'Allemagne, les femmes sont restées pendant des siècles et presque jusqu'à nos jours en tutelle perpétuelle par tradition du *mundium* germanique.

changements, c'est sous l'influence du droit canonique et nullement sous celle du droit romain. Le *mundium* et la communauté restent la base de la famille. On ne distingue pas comme à Rome plusieurs puissances; l'autorité du père sur ses enfants, celle de l'agnat sur son pupille, celle du mari sur sa femme, portent toutes le nom de *mundium*, et ont surtout pour objet la protection des incapables et des faibles. La famille forme une association fermée dans laquelle on ne peut entrer et sortir qu'à la condition d'accomplir certaines solennités (1).

## § 2. — LE MARIAGE.

On se rappelle la touchante description de la famille germaine faite par Tacite : les mariages sont tardifs et sérieux; la cérémonie même des noces apprend à chacun des époux ses droits et ses devoirs. L'adultère de la femme est puni du dernier supplice; le mariage est peut-être indissoluble, dans tous les cas on ne connaît pas les seconds mariages (2). Mais il est bien probable que sur plus d'un point Tacite a exagéré avec intention les vertus des Germains pour faire ressortir avec plus de force les vices de ses compatriotes (3). Ce qui est certain, c'est qu'à l'époque de l'établissement des Barbares dans l'Empire romain leurs mœurs étaient singulièrement corrompues. Les invasions, la vie des camps, l'acquisition d'immenses richesses et surtout le contact avec la civilisation romaine ont largement contribué à produire ou à aggraver cette décadence des mœurs. Sans doute le mariage, comme nous le verrons bientôt, avait perdu une partie de son ancienne brutalité dans la forme; sans doute en droit les Barbares proclamaient comme les Romains le principe de la monogamie. Mais en fait cette règle était rarement observée par les rois et les grands de la noblesse imitaient trop souvent cet exemple. Rien n'était plus ordinaire que de voir un roi abriter sous son toit plusieurs femmes légitimes. Chil-

(1) Elle s'étend jusqu'à la septième génération. Voyez à cet égard Schäffner, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, I, p. 251.

(2) Tacite, *Germanie*, § 17 et suiv.

(3) Voyez à cet égard, Geffroy, *Rome et les Barbares*, chap. 2.

péric eut plusieurs épouses à la fois, notamment deux sœurs; Clotaire en prit aussi plusieurs en même temps; Dagobert entretenait trois reines, sans parler de ses nombreuses concubines, et Charlemagne, malgré sa piété, n'avait pas su se soustraire à ce déplorable usage (1). Le concubinage était encore beaucoup plus fréquent, soit de la part des rois, soit de la part des nobles (2). C'est même en partie pour distinguer le mariage du concubinage que l'Eglise imagina certaines formalités pour les justes noces. Mais malgré l'influence de la religion, le concubinage se maintint dans les mœurs jusqu'au XII<sup>e</sup> siècle. Il est probable que les entraves mises au mariage entre personnes de conditions sociales différentes a aussi contribué à cet état de choses et on s'explique de la même manière que le concubinage ait été surtout pratiqué par les nobles et par les rois (3).

Les règles relatives au mariage chez les Barbares proviennent ou du droit germanique ou du droit canonique. Ainsi les formes du mariage restent pendant quelque temps purement germaniques et avec d'autant plus de facilité que, d'après le droit canonique, le mariage se forme par le seul échange des consentements. Le mariage demeure fictivement un achat pour le mari et une vente pour les parents de la fille. Aussi les lois barbares parlent-elles du *pretium uxoris* et nous disent-elles qu'en cas de rapt d'une jeune fille le *vergeld* pourra être fixé *secundum pretium quod de nuptiis*

(1) Voyez des exemples dans Augustin Thierry, *Récits des temps mérovingiens* éd. in-8 de 1858, p. 199, 204 à 207, 371, etc. Voyez aussi Grégoire de Tours, liv. IV, § 3, 9, 28, pour le roi Clotaire; Frédégaire, *Chronique*, liv. V, § 60, pour le roi Dagobert. — Cpr. Gengler, *Germanische Rechtsdenkmäler*, p. 200. — Au moyen âge on constate encore des souvenirs de polygamie dans certains pays du Midi, notamment à Marseille et dans le Bigorre. Ce ne sont toutefois pas là, bien évidemment, des restes d'usages germaniques. Cpr. Lagrèze, *La féodalité dans les Pyrénées, comté de Bigorre*, Paris, 1864, p. 133. — Mery et Guindon, *Histoire des actes de la municipalité de Marseille*, t. III, p. 153. En ce qui concerne Charlemagne, Voyez Vétault, *Charlemagne*, p. 362, où l'auteur, plein d'admiration pour le grand empereur, donne des explications assez embarrassées.

(2) Voyez Grégoire de Tours, liv. IV, § 25, 26, 28; liv. X, § 8. — Frédégaire, liv. V, § 21, 24, 29.

(3) Voyez Grégoire de Tours, liv. IV, § 25, 26, 28; liv. X, § 8. — Frédégaire, liv. V, § 21, 24, 29.

*inferendum est* (1). Sous cette forme d'une vente, le mariage se présente comme un acte purement civil. Ce fait a une grande importance pour la solution de la question de savoir quelle est la nature de cet acte chez les peuples primitifs; il contredit l'opinion suivant laquelle le mariage est, à l'origine d'une société, nécessairement un acte religieux. Aussi chez les Francs le mariage reste-t-il pendant quelque temps exclusivement régi par les lois de l'État (2). Mais le droit canonique pénètre insensiblement dans la législation barbare et s'il ne parvient pas à supprimer le concubinage ni le divorce, du moins il réglemente les conditions du mariage et quelques-uns de ses effets sur les biens des époux.

Sous les Mérovingiens, l'influence de l'Eglise n'est pas encore prépondérante; le clergé ne songe pas à régir complétement le mariage; il se borne à empêcher autant que possible les unions contraires à la loi de Dieu. C'est ainsi que sous son influence, un capitulaire de Childebert II de 596 établit certains empêchements au mariage, à raison de la parenté ou de l'alliance, et charge les évêques de veiller à la dissolution des unions contractées en violation de cette loi (3). C'est seulement à partir de Charlemagne, que l'Eglise devient vraiment maîtresse du mariage. Ses décisions passent dans les capitulaires; on en arrive à confondre le contrat et le sacrement et cette confusion se prolongera pendant de longs siècles; les lois d'Église déterminent les conditions du mariage; enfin elles réclameront bientôt et peu à peu pour les tribunaux ecclésiastiques, la connaissance des causes matrimoniales.

Le mariage était précédé des fiançailles chez les Germains comme à Rome. Pendant les premiers temps, le principe des lois personnelles eut pour conséquence le maintien de deux sortes de fiançailles, les unes romaines, les autres germaniques. Les anciennes formules d'Anjou nous parlent nette-

(1) Loi des Burgondes, tit. XLII, § 2. — Loi salique, tit. LXX.
(2) Le fait est fréquent, mais il ne s'impose pas aux peuples primitifs.
(3) Capit. de 596, cap. 3, Boretius, p. 15.

ment des premières (1); d'autres formules mentionnent le contrat de fiançailles suivant les coutumes franques (2). Mais cette distinction disparut de bonne heure, bien avant la suppression du système des lois personnelles et par ce fait que les fiançailles, comme le mariage, devinrent surtout un acte religieux. D'ailleurs, bien qu'elles aient pris ce caractère pour le fond, elles n'en ont pas moins conservé fort longtemps les anciennes formes primitives. Ces fiançailles germaniques étaient à l'origine de simples conventions préliminaires entre les parents et relatives au prix d'achat ainsi qu'aux autres libéralités qui accompagnaient ordinairement le mariage. Certains historiens ajoutent, mais sans preuves sérieuses à l'appui, qu'elles étaient ensuite annoncées et confirmées dans le *mallum* (3). Si l'on veut dire par là que les fiançailles pouvaient être faites en public, nous l'admettons volontiers; mais ce serait, à notre avis, une erreur de soutenir qu'elles exigeaient l'intervention de la justice. C'était par le contrat de fiançailles que le possesseur de la *potestas* s'obligeait à transférer au mari la puissance moyennant une somme d'argent, payée par celui-ci et appelée *withum*. A l'origine, le paiement du *withum*, sorte de *vergeld*, était effectif et rendait le contrat obligatoire. Auparavant, il y avait eu simple échange des consentements, lequel ne suffisait pas, comme nous le verrons plus tard, à former un contrat dans le droit franc : il fallait qu'il y eût *fides facta* ou *res præstita*. Mais pour le contrat de fiançailles comme pour les autres, comme aussi pour le mariage, on se relâcha peu à peu de l'application rigoureuse du principe, sans y renoncer complétement. Ainsi le prix du *mundium* devint purement symbolique et fut fixé

(1) Form. 40, dans Zeumer, p. 17. Cpr. Rozière, form. 227, p. 276.

(2) Form. sal. de Lindenbrog, 7, dans Zeumer, p. 271; Rozière, form. 228; Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, n° 42, p. 50.

(3) De là sont venus les mots : *Gemahl*, époux; *Vermahlen*, marié; *Mahlschatz*, dot. Cpr. Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 430. — Philipps, *Rechtsgeschichte*, § 42, fait venir *Gemahl* de l'usage très général de terminer ces fiançailles par un festin, *Mahlzeit*, où l'on plaçait les deux futurs époux l'un à côté de l'autre; de là, selon lui, le nom de *Gemahle*.

par la loi salique à un sou et un denier. De même le contrat de fiançailles put être conclu suivant les formes des autres contrats, notamment au moyen de la *fides facta* ou d'une prestation fictive. Les fictions consistaient dans le don et la prise d'un brin de paille, de la *festuca* ou d'un autre objet symbolique, comme le gant, le bâton, un morceau d'étoffe; telles étaient aussi les formes que prenaient les fiançailles (1). Ces anciennes formalités se maintinrent surtout en Allemagne jusqu'au moyen âge, en subissant des transformations insignifiantes et sans importance juridique (2). En France ces formes ont persisté au travers des siècles (3). Les Assises de Jérusalem nous parlent aussi des fiançailles sous forme de serment, les expliquent même et nous apprennent encore que l'Église ne doit pas marier une personne qui se présente pour être unie à une autre alors qu'elle a contracté déjà précédemment des fiançailles (4). Ces anciennes formes des fiançailles, notamment par serment et jonction des mains, étaient encore usitées au XVI^e^ siècle, parmi le peuple, comme nous l'apprend le registre criminel du Châtelet de Paris (5).

Les fiançailles germaniques diffèrent essentiellement des fiançailles romaines. A Rome, ces solennités qui précédaient le mariage étaient purement facultatives et celui qui manquait à sa parole était noté d'infamie; en outre il perdait les arrhes ou les restituait au double. Chez les Germains, les fiançailles produisaient des effets plus énergiques et plus étendus; il y avait promesse synallagmatique d'achat et de vente;

(1) Voy. sur les formes des fiançailles d'une veuve lombarde, Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, n° 48, p. 56. Voy. aussi le n° 135, p. 198, pour les fiançailles avec gage.

(2) Voy. à cet égard Sohm, *Das Recht der Eheschliessung aus den deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt*, Weimar, 1875. Cet ouvrage a soulevé des controverses. Voy. Schult, *Verlobung und Trauung zugleich als Kritik von Sohm*, Leipsik, 1876. Sohm a répondu sous le titre : *Trauung und Verlobung*, Weimar, 1876. Voy. encore Scheurl, *Die Entwicklung der kirchlichen Eheschliessungsrechts*, Erlangen, 1877.

(3) Voy. du Méril, *Sur les formes du mariage en France au moyen âge*, Paris, 1877.

(4) *Cour des bourgeois*, chap. CLXII, éd. Beugnot, II, p. 112.

(5) I, p. 151, 205, 351.

les fiançailles étaient en principe obligatoires et celui qui manquait à sa promesse encourait des pénalités très dures qui ont encore été aggravées au IXe siècle sous l'influence de l'Eglise. Les arrhes ne constituaient pas, comme chez les Romains, un moyen de se dédire : c'était une manière de former les fiançailles *ex re præstita* et aussi de les prouver dans la suite (1). D'ailleurs les fiançailles étaient entourées de certaines fêtes et solennités, mais qui ne semblent pas avoir été nécessaires à leur formation. Ces fêtes avaient lieu entre les deux familles réunies (2).

Il est probable qu'avant la conversion des Germains au christianisme, la jeune fille était fiancée par son père, lequel jouait le rôle principal. Le consentement de la jeune fille n'était pas nécessaire, tout au moins considérait-on ce consentement comme suffisamment donné par cela seul que la fille gardait le silence. Mais il semble que, sous l'influence de l'Eglise, le rôle de la jeune fille soit devenu assez important. L'auteur de la vie de Sainte Berthe nous donne des détails curieux sur la cérémonie des fiançailles et nous apprend que les futurs se faisaient directement de l'un à l'autre une première promesse réciproque. Le même fait est confirmé par Grégoire de Tours (3). On stipulait aussi fort souvent, soit à la charge du père qui avait promis sa fille, soit à la charge du fiancé, une clause pénale très élevée pour le cas où il voudrait rompre les fiançailles sans motif légitime (4). L'Eglise elle-même intervenait dans les fiançailles, bénissait les futurs époux et leur donnait déjà le nom de *conjuges*.

Aussi ces fiançailles produisaient-elles des effets fort graves et d'abord des pénalités très fortes étaient encourues par le

(1) Voy. sur les arrhes et la clause pénale, Grégoire de Tours, liv. IV, § 47, et liv. IX, § 32; liv. X, § 16, et l'auteur de la vie de Sainte Austreberte, dans dom Bouquet, III, p. 459; jugement des évêques de 590, *Diplomata*, 2e éd., I, no 200, p. 160. — Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, no 135, p. 198.

(2) Tacite, *Germanie*, § 18; loi salique, tit. LX.

(3) Voy. l'auteur de la vie de Sainte Berthe, dans dom Bouquet, III, p. 622; Grégoire de Tours, *De vitis patrum*, cap. 16 et 20.

(4) Voy. Grégoire de Tours, liv. IV, § 47. Dans le fait rapporté par ce chroniqueur, la clause pénale ne s'élève pas à moins de 16,000 sous d'or.

fiancé ou par le père de la fiancée qui se rétractait sans motif légitime (1). On considérait déjà la rétractation du fiancé sans motif légitime comme une injure envers la fiancée (2). Les textes ne prévoient pas le cas d'une fiancée qui se serait rétractée sans causes sérieuses et M. Pardessus en a conclu que la fiancée avait ce droit sans encourir aucune responsabilité. Nous serions plutôt porté à croire que ce droit ne lui appartenait pas, mais seulement à celui qui exerçait le *mundium* sur elle et qui l'avait promise en mariage.

Les fiançailles créaient des droits et des devoirs à peu près semblables à ceux qui naissaient du mariage. Le fiancé infidèle était puni comme s'il avait violé la loi du mariage (3). Celui qui enlevait une fiancée était teuu d'une composition, non seulement envers le père ou le parent qui avait le *mundium*, mais encore envers le futur époux (4). Une composition était due par celui qui nouait des relations avec une fiancée, même de son consentement (5). La loi salique ne dit pas à qui était payée cette composition, mais il est bien probable qu'elle était due au fiancé et que celui-ci avait en pareil cas le droit de se dédire sans encourir aucuns dommages-intérêts (6).

Le principal devoir du fiancé était d'épouser la fille à laquelle il avait promis le mariage. Si au lieu de célébrer l'union il avait enlevé sa fiancée de force, il aurait commis un délit et encouru une pénalité (7).

Les fiançailles devenaient définitives par le mariage. Mais tout ce qui précède suffit pour établir qu'elles ne valaient pas à elles seules mariage et Sohm s'est, à notre avis,

(1) Loi salique, tit. LX; loi des Bavarois, tit. VII chap. 75; loi des Alamans, tit. LIII. Ces textes ne prévoient pas le cas où l'on se rétracte pour un bon motif, mais la loi des Visigoths s'explique sur ce point, III, 1, 2, 3, 4, 6.

(2) Voy. Procope, *De bello gothico*, lib. IV. cap. 20.

(3) Loi des Burgondes, tit. LX; loi des Visigoths, liv. III, tit. IV, § 2; Edit de Rotharic, chap. 179 et 211.

(4) Loi salique, tit. XIV, § 8 et 9.

(5) Loi salique, tit. XIV, § 14.

(6) Au contraire, de droit commun, la loi salique ne considère pas comme un délit les relations purement volontaires avec un fille.

(7) Marculfe, liv. II, form. 16, Zeumer, p. 85.

sérieusement trompé lorsqu'il les a considérées comme une union parfaite et complète (1).

Les Barbares considéraient le mariage comme un contrat civil et le soumettaient aux conditions ordinaires : il se formait par la *res præstita* ou la *fides facta*. Le mode le plus ordinaire consistait, de la part du mari, à payer le prix d'acquisition de la fille d'abord, puis, à une époque plus récente, du *mundium*. Le prix devint de bonne heure purement fictif; il consistait notamment, d'après la loi salique, en un sou et un denier. Le mariage par le sou et le denier semble avoir été la forme préférée du droit des Saliens.

On a prétendu que, même à l'époque franque, l'achat du mari porte encore sur la femme et non sur le *mundium* et l'opinion contraire a même été traitée de pure subtilité. Cependant le texte même de la loi des Alamans nous apprend que le fiancé doit acquérir le *mundium* du père de famille, soit avant, soit après le mariage : *mundium apud patrem adquirat* (2). Ce texte suppose donc bien que le *mundium* est acheté, tout au moins d'une manière fictive, par le mari. D'ailleurs les anciennes formes du mariage persistent longtemps à travers les siècles, mais de manières très diverses. Tantôt des formalités à l'origine conformes à la vérité des faits, deviennent dans la suite de simples symboles; tel fut le mariage par *coemptio* chez les Romains; d'autres fois le changement est plus grave et le symbole se trouve accompagné d'une altération de l'idée primitive de l'acte; tel est le cas d'achat du *mundium* à la place de la femme. Il arrive parfois aussi que les vieilles pratiques persistent seulement dans le langage; c'est ainsi qu'en France au XIe siècle on

(1) Voy. Sohm, *Das Recht der Eheschliessung*, Weimar, 1875. Du même, *Trauung und Verlobung*, Weimar, 1876, 1 vol. in-8. Aussi sa thèse a-t-elle été très vivement attaquée, voy. notamment : Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, t. III, p. 588 et suiv.; Lehmann, *Verlobung und Hochzeit nach den nordgermanischen Rechten des früheren Mittelalters*, p. 98, 99, 123, 124. — Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, t. IV, p. 16, 17.

(2) Loi des Alamans, tit. LIV, § 2, Pertz, *Leges*, III, 62. — Voy. cependant Richthofen dans Pertz, *Leges*, V, p. 69 note et Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 340.

disait encore qu'un père achetait une femme à son fils (1). De même en Allemagne, on répétait au xv[e] siècle : *Weib kaufen* (2). D'autres fois encore, les anciennes formes se maintiennent, tout au moins dans les mœurs, mais avec un sens tout à fait différent de celui qui y était attaché originairement. Ainsi chez certains Slaves méridionaux, le mariage se fait, du moins dans l'usage, sous forme d'enlèvement, mais à l'idée de la force brutale, on a substitué une explication bien différente et on dit qu'une fille ne peut pas consentir à se donner elle-même en mariage.

Frédégaire (3) nous apprend que Clovis donna à Gondebaud, roi de Bourgogne, pour épouser Clothilde, *solidum et denarium more Francorum* et on rencontre les mêmes expressions dans plusieurs formules à l'occasion de mariages de simples particuliers (4). Il ne semble pas d'ailleurs que le mariage ait été un contrat solennel. Sans doute il était accompagné de fêtes, de cérémonies auxquelles prenaient part les deux familles, les parents, les amis; mais ces cérémonies ne formaient pas des conditions essentielles du mariage. Le droit salien exigeait toutefois que le mariage des veuves fut célébré en justice (5); mais sauf cette exception, le mariage ne formait pas un contrat solennel. Il pouvait arriver, à la vérité, qu'une fiancée fût livrée à son mari dans le *placitum* (6), mais c'était là une simple cérémonie publique et non juridique. Doit-on en dire autant de la *deductio in domum mariti* dont parlent plusieurs textes (7)? Une réponse absolue n'est pas possible. Il faut se rappeler avant

(1) Gaston Paris, *La vie de Saint-Alexis*, p. 2, vers 40.

(2) Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 422.

(3) *Chronique*, chap. 18.

(4) Rozière, form. 228, p. 279 : *per solidum et denarium secundum legem salicam et antiquam consuetudinem*. Voy. aussi les form. 230 et 231, *ibid.*; Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, n° 42 p. 50. Sur le mariage de Clovis par le denier dans la forme salique, voy. Junghans, *Histoire critique des règnes de Childerich et de Chlodowech*, p. 149.

(5) Loi salique, tit. XLVI, § 1. Les auteurs ont eu le tort de généraliser ce texte et de l'appliquer à tous les mariages, tandis qu'il a seulement en vue celui d'une veuve.

(6) Frédégaire, *Chronique*, § 18.

(7) Voy. notamment Loi salique, tit. XIX, § 10.

tout que le mariage fut, chez les Francs, surtout un contrat réel, mais que ce contrat était parfait dès qu'une des deux parties avait exécuté son obligation d'une manière effective ou au moyen d'une fiction (1). Dès lors, si le futur avait payé le sou et le denier, le mariage était définitivement contracté, bien que la fiancée n'eût pas été livrée. C'était dans le cas contraire seulement que la livraison de la fiancée formait le contrat *re*.

Sous l'influence du droit romain, les Francs prirent l'habitude de rédiger des *libelli dotis* que la loi des Ripuaires appelle *instrumenta tabularum seu chartarum*. Ces écrits avaient pour objet de constater les conventions matrimoniales et surtout les avantages que le mari consentait à sa femme. Mais par cela même que ces écrits portaient seulement sur les intérêts pécuniaires, leur remise ne pouvait pas être considérée comme un prix fictif du *mundium* et ne dispensait pas de la tradition du sou et du denier. Certaines formules semblent, à la vérité, présenter la constitution d'une dot et la rédaction d'un *instrumentum dotale* comme une condition du mariage (2). Mais aucune loi ne confirme cette simple indication. Tout au contraire la loi des Ripuaires (3) prévoit formellement le cas où il n'y a pas eu constitution expresse de dot et elle fixe le montant de la somme que la femme peut réclamer à ce titre après la dissolution du mariage. Parler de dissolution du mariage en pareil cas, c'était admettre qu'une légitime union pouvait se former sans constitution expresse de dot. On admettait sans doute ainsi une présomption de constitution, mais encore cette présomption supposait-elle que le mari laissait des biens à son décès. La loi des Visigoths (4) nous montre bien en quel sens des *instru-*

(1) M. Beauchet se trompe à notre avis, lorsqu'il croit que le mariage de la loi salique peut se former par le seul échange des consentements. Voy. *Etude historique sur les formes de la célébration du mariage* dans la *Nouvelle Revue historique*, VI, p. 377.

(2) Voy. par exemple l'appendice de Marculfe, form. 52. — Cette formule est dans Zeumer la 1re de l'appendice des Chartes de Sens, p. 208.

(3) Loi des Ripuaires, tit. XXXVII, § 2.

(4) Liv. III, tit. 1, § 9.

*menta dotalia* étaient nécessaires : c'était au point de vue de la preuve. Or on sait combien il est facile de confondre, surtout à une époque de pure pratique, la preuve d'un contrat et son existence. Un contrat qui ne peut pas être prouvé n'est-il pas, en fait, le plus souvent semblable à un contrat qui n'existe pas? Eh bien en l'absence d'*instrumenta dotalia*, la preuve du mariage serait devenue souvent très difficile et on aurait été porté à ne considérer l'union que comme un concubinat. C'est à ce point de vue, et à ce point de vue seulement, que la rédaction d'un écrit devenait nécessaire (1). Le concile d'Arles ne veut pas dire autre chose lorsqu'en 524 il pose la règle suivante : *nullum sine dote flat conjugium nec sine publicis nuptiis quisquam habere præsumat*. L'Église ne bénissait pas les mariages sans dot et elle voulait empêcher par là de confondre les justes noces avec le concubinat; mais elle pouvait d'autant moins faire de la rédaction d'un écrit dotal une condition essentielle du mariage, que celui-ci, d'après la doctrine même du droit canonique, n'exigeait pas la bénédiction nuptiale comme condition de validité. D'après Saint Ambroise, le consentement des époux suffit pour le sacrement du mariage et telle est aussi l'opinion de Saint Augustin (2). Tertullien est du même avis, seulement il a soin d'ajouter avec raison que ces mariages sont très dangereux : on pourrait les confondre avec des concubinages et leur preuve est souvent difficile, à cause de l'absence de toute solennité (3). Mais les papes, les Pères de l'Église et les conciles n'en proclamèrent pas moins toujours, pendant six siècles, que le mariage, comme sacrement, se forme par le seul échange des consentements; la bénédiction nuptiale était un pieux usage, utile pour la preuve du mariage, mais son absence n'empêchait pas l'union contractée d'être parfaitemen valable. D'ailleurs une législation

(1) On a prétendu que les conventions matrimoniales et notamment les dots pouvaient être constituées verbalement, en se fondant sur le titre VII des *capita extravagantia*. C'est l'opinion de Pardessus et elle est partagée par M. Beauchet, *op. et loc. cit.*, p, 378, mais nous verrons bientôt qu'elle manque d'exactitude.

(2) *De bono conjugali*, cap. 2, § 13, 17, 31 ; *De civitate Dei*, lib. XV, cap. 16.

(3) *De pudicitia*.

qui exigerait nécessairement la confection d'*instrumenta dotalia* interdirait en réalité le mariage aux gens pauvres. Cela est tellement vrai que le droit du Bas-Empire n'imposait la dot et les *instrumenta dotalia* qu'aux personnes d'un certain rang.

Au point où nous en somme arrivés, il nous sera facile d'expliquer la formule qui nous semble établir qu'en l'absence d'*instrumentum dotale* le mariage ne se formait pas (1). L'auteur de l'écrit invoque d'abord la règle suivant laquelle un père peut instituer héritiers ses enfants naturels. Il déclare ensuite qu'il a épousé une femme ingénue, mais que telle ou telle cause l'a empêché de rédiger un *libellum dotis*. Aussi dit-on d'après la loi que ces enfants sont *naturales;* il n'en veut pas moins qu'ils deviennent ses héritiers, et en conséquence il les appelle à sa succession (2). Mais, on le remarquera bien, l'auteur de l'acte déclare formellement qu'il s'est uni en légitime mariage avec une femme ingénue. Seulement il a eu le tort de ne pas faire rédiger un acte dotal, tort d'autant plus grave qu'il possédait une belle fortune, comme le prouve la suite de la formule. Il était d'usage qu'un homme riche constituât une dot à sa future épouse ; s'il ne le faisait pas, on présumait le concubinage au lieu du mariage et les enfants étaient considérés comme naturels. Ce sont les conséquences de cette situation que l'auteur de la formule veut écarter en instituant ses enfants héritiers légitimes.

Sous les Mérovingiens, le mariage reste longtemps un acte de la vie civile. L'Eglise essaye sans doute déjà de faire péné-

(1) C'est la formule 52 de l'appendice de Marculfe; dans Zeumer, form. 1, a, de l'appendice de Sens, p. 208; dans Thévenin, *op. cit.*, n° 35, a, p. 9.

(2) *Lex et consuetudo exposcit, ut quicumque personas naturales filios habuerit si eos in sua voluerit instituere hereditate, qualiter in suum potius arbitrium ad faciendi de id pater hoc, quod in eos voluerit, liberam habeat potestatem. Ideoque ego ille, dum non est incognitum, ut femina aliqua nomen illa bene ingenua ad conjugium sociavi uxore, sed qualis causas vel tempora mihi oppresserunt, ut cartolam libellis dotis ad ea, sicut lex declarat, minime excessit facere, unde ipsi filii mei secundum lege naturalis appellant, et filios in ea generavi, cujus baptismum nomina posuimus illos et illos; propterea volo, ut predicti filii mei omni corpore facultatis meis in pago illo, in loca denominantes illos et illos, in legitimam successionem debeatis addere adpatuere.*

trer quelques-uns de ses préceptes, notamment en matière d'empêchement (1), mais elle ne revendique pas encore le mariage à son profit exclusif. Sous les Carolingiens, ses prétentions prennent plus de force, à ce point que le contrat civil disparait dans le sacrement. Charlemagne s'occupa à plusieurs reprises des formes du mariage. La formation de l'union conjugale par le seul échange des consentements avait été la source d'une foule d'abus : on confondait le mariage avec le concubinage; en l'absence de toute solennité, la preuve du mariage était souvent impossible; enfin, on contractait parfois des mariages sans tenir compte des empêchements établis pour cause de parenté ou autre. Déjà un capitulaire de Pépin de l'an 755 avait prescrit *ut omnes homines laïci publicas nuptias faciant, tam nobiles quam innobiles* (2). Charlemagne alla plus loin. Pour empêcher les mariages prohibés, il décida à plusieurs reprises que les futurs conjoints devraient d'abord s'adresser au curé de leur domicile. Celui-ci demandera ensuite à l'assemblée des fidèles s'il connait un empêchement au mariage projeté et alors seulement le curé pourra donner la benédiction nuptiale. Est-ce qu'à défaut de cette bénédiction le mariage serait nul? Les Capitulaires ne s'expliquent pas clairement sur ce point. Il est parlé d'une amende de cent sous ou à son défaut, de cent coups de fouet contre les chrétiens qui ne contracteront pas le mariage devant l'Eglise (3). Cette sanction semble bien être exclusive de la nullité du mariage. Charlemagne s'est encore plus occupé de la publicité du mariage destinée à empêcher les unions contraires au droit canonique que de sa célébration. C'est ainsi qu'il prescrit de se présenter devant le curé même pour les seconds mariages et qu'il ordonne à ce curé de les faire connaître publiquement et de les approuver. Or en pareil cas il n'y avait pas bénédiction nuptiale : l'Eglise la refusait à cause de la dé-

(1) Voy. par exemple le décret de Childebert II de 596, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 9; Boretius, 15.

(2) Cap. de 755, cap. 15; Boretius, 36.

(3) Voy. Baluze, I, 1190.

faveur avec laquelle elle voyait ces unions (1). Ce qui est certain, c'est que ces dispositions des Capitulaires sur les solennités du mariage, ne tardèrent pas à tomber en désuétude. Le pape Nicolas I[er], qui occupa le siège pontifical de 858 à 867, donna aux Bulgares une consultation célèbre dans laquelle il déclara formellement que le seul consentement des époux suffit pour la validité du mariage et qu'on ne commet même pas un péché si l'on omet de demander la bénédiction nuptiale. La même doctrine fut proclamée par son successeur Adrien II (2) et par plusieurs conciles (3). Tout ce qui résultait de l'absence d'une célébration religieuse, c'était une présomption de concubinage, mais cette présomption tombait devant la preuve contraire.

La loi salique et les autres documents de l'époque, notamment les formules, ne nous font pas connaître l'âge à partir duquel le mariage était permis (4). Il est probable que les mœurs suppléaient à la loi : on se mariait tard, nous l'avons vu, en Germanie. Une fille ne pouvait pas se marier sans le consentement de celui qui exerçait le *mundium* sur elle. De ce côté, aucun abus n'était donc à redouter. Il faut en dire autant du fils tant qu'il n'avait pas atteint l'*ætas perfecta;* à partir de cet âge, il pouvait certainement se marier, mais en fait il attendait probablement plusieurs années.

Dans le très ancien droit, la jeune fille se laissait marier plutôt qu'elle ne donnait à proprement parler un consentement véritable (5). Il fallait, bien entendu, l'assentiment de celui qui exerçait le *mundium* sur la fille. L'homme qui épousait une fille sans le consentement de son père devait, d'après la loi des Alamans, la rendre à son père si celui-ci

(1) Voy. dans Baluze, I, 1005.

(2) Baluze, *Miscellaneorum libri V*, t. I, p. 402.

(3) Pour plus de détails sur ces différents points, voy. mon *Etude sur le consentement des époux au mariage* et Beauchet, *Les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. VI, p. 380.

(4) Tacite, *Germanie*, § 20, nous apprend déjà que les mariages étaient tardifs chez les Germains.

(5) Voy. à cet égard Sohm, *op. cit.*

l'exigeait et payer en outre une composition (1). La loi des Bourguignons ne parle pas de la restitution de la fille, mais seulement de peines pécuniaires : le mari devait payer trois fois la valeur du *wittemon* ou dot faite pas le mari et de plus une amende qui variait suivant sa qualité (2). On ne sait pas quelle était la sanction pour le cas où le *mundium* était exercé par un autre parent que le père auquel on n'avait pas demandé le consentement. Il est probable que ce défaut de consentement donnait seulement lieu à une composition. On voit bien dans Grégoire de Tours la prétention de faire considérer le mariage comme nul, mais il semble que cette prétention ait été considérée comme dénuée de fondement (3). Lorsque celui qui exerçait le *mundium* ne voulait pas consentir au mariage et que la fille était en âge, elle pouvait dans certains pays s'adresser au juge pour vaincre la résistance qu'elle rencontrait (4). D'un autre côté il est certain que celui qui exerçait le *mundium*, fut-il le roi, ne pouvait pas contraindre la fille ou la veuve à se marier contre son gré (5). Telle était du moins la loi, mais il ne semble pas qu'elle ait été rigoureusement observée de la part du roi. Celui-ci se permettait de marier de gré ou de force, non seulement les personnes sur lesquelles il exerçait son mainbour, mais même encore les autres. Il suffisait que l'on fût son sujet ou sa sujette pour qu'on dût se soumettre à sa volonté. Certains auteurs prétendent cependant qu'il n'y avait pas là, de la part du roi, un abus, mais l'exercice d'un très ancien droit, déjà reconnu autrefois au chef des vieilles tribus germaniques (6). Ce qui est certain, c'est qu'un capitulaire attribué par les uns à Clotaire Ier, par d'autres à Clotaire II, contient l'engagement du roi de ne plus à l'avenir marier une fille ou une veuve contre son gré :

(1) Loi des Alamans, tit. LIV.

(2) Loi des Bourguignons, tit. XII, § 3; tit. XXXIV, § 2; tit. LII, LXI, LXVI, LXIX, 1re addition à la loi des Bourguignons, tit. XIV.

(3) Liv. IX, § 33.

(4) 9e formule lombarde.

(5) Edit de Clotaire Ier de 560, chap. 7.

(6) Post, *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis*, t. II, p. 132.

« *Nullus per auctoritatem nostram matrimonium viduæ vel puellæ sine ipsarum voluntate præsumat expetire; neque per sugessionis subreptitias rapientur injuste* (1). » Mais il ne parait pas que cette renonciation ait produit un effet durable et quelques textes du moyen âge nous montrent encore le roi exerçant, à tort ou à raison, le droit de marier ses sujettes contre leur volonté (2).

Quant au consentement du père ou de celui qui exerçait le *mundium*, on continua à l'exiger fort longtemps. Cependant dès le VIII$^{e}$ siècle, dans certaines formules de Sirmond, on voit apparaître la notion du mariage valable malgré l'absence du consentement paternel. Cette notion se fonde sur un texte du jurisconsulte romain Paul (3), mal compris par le rédacteur des formules. L'Eglise l'acceptera sans difficultés et finira par la proclamer seule conforme à la loi divine (4).

Les lois barbares ne mentionnent presque jamais les empêchements au mariage, pas même ceux qui résultent de la parenté. Mais il est bien probable que les usages non écrits suppléaient à leur insuffisance. Ainsi la loi salique étant avant tout un tarif de composition, il est tout naturel qu'elle ne se soit pas occupée des empêchements de mariage; elle n'a pas davantage parlé des autres conditions de l'union conjugale. Pendant quelque temps l'Eglise ne parvint à faire respecter les conditions qu'elle imposait au mariage qu'au moyen des peines canoniques. Mais l'union nulle d'après l'Église n'en restait pas moins valable d'après les usages germaniques. L'Église appliquait aux empêchements du mariage pour parenté ou alliance, les principes du droit romain. Bientôt les rois francs acceptèrent, au moins en partie, ces règles du droit canonique sur les empêchements de mariage. Ainsi un décret de Childebert II de 596 admit certains empêchements

(1) Boretius attribue, on s'en souvient, ce capitulaire à Clotaire II. Voy. *Capitularia*, p. 18 et 19. Notre disposition fait l'objet du chapitre 7 de ce capitulaire que Pertz fait remonter à Clotaire I$^{er}$, Pertz, *Leges*, I, 2.

(2) Meyer et Longnon, *Raoul de Cambrai*, p. IV, XI, 7, 231, 232.

(3) *Sentences*, liv. II, tit. 19 (ou 20), § 2.

(4) Voy. Sirmond, form. 16; Rozière, form. 241; Zeumer, p. 143. Cpr. Rozière, form. 242 et suiv.

pour cause d'alliance, non seulement en ligne directe, mais aussi en ligne collatérale, entre beaux-frères et belles-sœurs (1). On se rappelle que ce décret prononce la peine de l'excommunication et lui attache même des effets civils : les coupables seront mis hors la loi et leurs biens attribués à leurs plus proches parents. Le décret ne parle pas des empêchements pour cause de parenté, probablement parce que les usages barbares les consacraient déjà. Plus tard, un capitulaire de 743 déclara que les mariages considérés comme adultérins ou incestueux étaient nuls et devaient être cassés par les évêques (2). Dans la loi salique amendée (3) et en dernier lieu dans un capitulaire de 858 (4), des peines sont prononcées contre ceux qui contractent de ces unions prohibées.

L'Église avait commencé par admettre les empêchements au mariage pour parenté dans la limite du droit romain; mais bientôt elle l'avait étendu jusqu'au quatrième degré canonique. D'ailleurs ces prohibitions résultant de la parenté ou de l'alliance n'étaient pas en fait toujours rigoureusement observées : Prétextatus célébra entre Mérovée et Brunehaut, un mariage défendu par les canons de l'Eglise (5). D'un autre côté, le pape, à partir d'une certaine époque, accorda des dispenses qui levaient la prohibition. On prétend que les premières furent concédées par le pape Nicolas à Guillaume de Normandie (6).

Parmi les autres empêchements au mariage, la plupart furent aussi empruntés au droit canonique. Ainsi le mariage entre juifs et chrétiens, déjà défendu en droit romain, fut également interdit chez les Francs par le concile d'Auvergne de 535. L'inpuissance était également un empêchement au ma-

(1) Décret de Childebert II de 596, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 9; Boretius, 15.

(2) Capit. de 743, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 18; Boretius, 28.

(3) Titre XIV, § 16: *Si quis sororem, aut fratris filiam, aut certe alterius gradus consobrinam, aut fratris uxorem, aut avunculi, sceleratis nuptiis sibi junxerit, huic pœnæ subjaceat, ut a tali consortio separetur. Atque etiam si filios habuerint, non habeantur legitimi heredes, sed infamia sint notati.*

(4) Pertz, *Leges*, I, 441.

(5) Augustin Thierry, *Récits des temps mérovingiens*, 3e récit.

(6) Voyez Schäffner, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs.*

riage; mais lorsqu'on demandait la nullité du mariage pour cette cause et qu'il y avait des doutes, les époux devaient d'abord vivre trois ans en commun et ensuite seulement ils obtenaient la nullité à la condition que le serment du demandeur fût confirmé par celui de sept cojureurs (1). Le mariage entre l'époux adultère et son complice n'était interdit qu'autant que cet adultère avait été accompagné de circonstances particulièrement graves (2). L'union légitime entre le ravisseur et la personne ravie fut pendant un certain temps prohibée et même punie de mort. Mais bientôt les conciles, et notamment le concile de Paris de 557, reconnurent la validité de ces mariages à la condition que la violence eût cessé au moment où ils étaient contractés. Enfin Grégoire de Tours nous apprend que si une religieuse se mariait, il y avait adultère de sa part, de même que pour son complice (3).

Quant à la différence des conditions sociales, elle n'était pas un empêchement au mariage, mais il en résultait dans certains cas des effets plus ou moins graves. Ainsi la femme ingénue qui se mariait à un lite perdait sa qualité et prenait la condition de son mari (4). Si un homme libre épousait une femme lite sans le consentement de son maître, celui-ci exerçant sur cette femme le *mundium*, de même que le père sur sa fille ingénue, avait le droit d'exiger une composition du mari (5); mais le mariage était régulier. De même un ingénu épousait valablement l'esclave d'autrui, seulement par son mariage il devenait, à son tour, esclave du maître de sa femme (6). Ces effets étaient suffisamment graves pour qu'il n'y eût pas lieu de redouter l'abus des mésalliances.

Les esclaves eux-mêmes pouvaient contracter légitime mariage entre eux, à la condition d'obtenir le consentement

(1) Benedictus Levita, *Capit.*, lib. VI, cap. 55 et 91.
(2) Reginon, *De ecclesiastica disciplina*, II, 235.
(3) Grégoire de Tours, liv. IX, § 39.
(4) Loi salique, tit. XIV, § 7.
(5) Loi salique, tit. XIV, § 15.
(6) Loi salique, tit. XIV, § 11. Nous renvoyons pour plus de détails à ce qui a été dit à propos de la condition des serfs et des esclaves. On y verra notamment qu'avec le consentement du maître, une personne libre pouvait épouser une personne esclave, sans encourir la perte de sa qualité. Voyez notre t. II, p. 545.

de leur maître commun ou de leurs maîtres respectifs (1); mais les enfants nés de leur union étaient esclaves. Lorsque le mari et la femme appartenaient à des maîtres différents, tous les enfants, sans distinction de sexe, étaient la propriété du maître du mari (2). Mais en mariant leurs esclaves, les deux maîtres pouvaient déroger à ce droit commun et répartir entre eux les enfants à naître du mariage, selon leur libre convention (3). Lorsque les maîtres n'avaient pas consenti au mariage, l'union n'était pas valable; les enfants suivaient la condition de la mère et appartenaient en conséquence à son maître.

Le mariage prenait fin de différentes manières. La mort était la cause la plus ordinaire de sa dissolution. Si l'un des deux époux était réduit en esclavage, le mariage cessait également. Celui qui épousait en connaissance de cause une personne esclave, tombait, comme nous l'avons vu, par ce fait même en esclavage et devenait la propriété du maître de son conjoint. Mais si le mariage avait eu lieu par violence ou erreur, l'époux libre pouvait en demander la nullité (4). De ces règles certaines, on a conclu que quand un des deux époux devenait esclave, son conjoint avait le droit de faire dissoudre le mariage, à moins que le maître de l'esclave ne consentît à respecter l'ingénuité de cet époux ainsi que celle des enfants à naître. Mais la peine de l'exil, ou plus exactement la mise hors la loi, ne semble pas avoir permis la dissolution du mariage. La loi salique veut que le coupable soit forcé de s'éloigner jusqu'à ce qu'il ait exécuté le jugement ou se soit réconcilié avec l'offensé. Elle interdit à toute personne, même à sa femme, de lui donner nourriture et asile (5). Cette interdiction adressée à la femme prouve manifestement que la mise hors la loi

(1) Grégoire de Tours, liv. V, § 3.

(2) Lindenbrog, form. 88; dans Zeumer, form. 20, p. 281.—Loi des Alamans, XVIII, § 3.

(3) Mabillon, form. 44; Rozière, form. 399; c'est la formule d'Anjou 45, dans Zeumer, p. 20.

(4) Arg. du Capit. de 857, cap. 5. Baluze, II, col. 96.

(5) Loi salique, tit. LVII et LIX.

n'emportait pas par elle-même et de plein droit dissolution du mariage.

Celui-ci prenait fin fort souvent par le divorce qui était d'un usage très fréquent. Tacite affirme, on s'en souvient, que, chez les Germains, le respect de la foi jurée était tel, qu'on ne pratiquait pas les secondes noces ou que tout au moins elles étaient vues avec une extrême défaveur, surtout de la part des femmes (1). On pourrait même induire d'un passage de cet historien (2) que le divorce n'était pas connu chez ces peuples. Il nous faut toutefois rappeler une observation déjà faite : Tacite s'est permis des exagérations dans l'intention de critiquer d'autant mieux les mœurs romaines. Plus tard, en effet, on retrouve le divorce et même la répudiation chez tous les peuples venus de la Germanie. Ils en usent même très largement. Grégoire de Tours nous dit à plusieurs reprises que les rois francs répudiaient leurs femmes de la façon la plus arbitraire (3). Les abus ne se commettaient pas seulement parmi ceux qui avaient été mis en contact avec la civilisation romaine, mais même par ceux qui avaient envahi des pays placés à l'abri de cette prétendue corruption, comme par exemple les Saxons, les Angles, les Danois (4).

On peut distinguer jusqu'à trois sortes de divorce : le divorce pour cause déterminée, le divorce par consentement mutuel et le divorce sans consentement mutuel ou répudiation par le mari.

Le divorce pour des causes déterminées est mentionné dans les lois barbares et même dans les capitulaires (5). Les causes

(1) Tacite, *Germanie*, § 19.

(2) *Ibid.*, § 20.

(3) Voyez par exemple liv. III, § 27, et liv. V, § 3, Voyez aussi Frédégaire, liv. V, § 30.

(4) Voir ce que j'ai dit sur le divorce chez ces peuples dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, p. 119 et *Le mariage civil et le divorce*, 2e édit., p. 193. Les habitants de la Grande-Bretagne et de l'Irlande d'origine celtique usaient aussi très largement du divorce et quelques-uns d'entre eux pratiquaient même le mariage d'un an. Voyez *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. III, p. 634; *Le mariage civil et le divorce*, 2e éd., p. 189.

(5) Loi des Burgondes, tit. XXXIV, § 3; loi des Visigoths, liv. III, tit. 6, § 3;

les plus ordinaires du divorce étaient l'adultère, le meurtre, la magie, la violation de sépulture.

Le divorce par consentement mutuel était permis avec la plus grande facilité chez les Alamans (1). On ne l'avait soumis à aucune condition et chaque époux promettait même à l'autre de lui payer une somme s'il attaquait le divorce. Cette forme du divorce était également pratiquée par les autres Barbares, et ils la conservèrent assez longtemps après leur conversion au christianisme. Marculf nous a rapporté un formule de divorce par consentement mutuel et on en trouvera aussi plusieurs autres dans le recueil de Rozière (2). Ces divorces par consentement mutuel se faisaient sous forme de lettre que l'un des époux écrivait à l'autre; d'autres fois les deux époux dressaient un écrit en commun pour constater leur accord à dissoudre le mariage; ou bien encore, ils se présentaient d'abord devant le comte, assisté des *boni homines* ou même devant de simples témoins; ils faisaient connaître leur intention, un écrit était dressé. Il était convenu dans cet acte que chacun des époux reprendrait sa liberté, qu'il pourrait à sa volonté entrer dans un couvent ou se remarier et très souvent, suivant l'usage général du temps, il était stipulé une clause pénale contre l'époux qui, plus tard, aurait voulu porter atteinte à cette convention; un double était remis à chacun des époux divorcés (3). Sohm a prétendu que ce divorce exigeait une sorte d'intervention de la justice (4). Mais c'est là, à notre avis, une erreur : le divorce résulte du seul consentement des époux, seulement ils le manifestent d'une manière solennelle et pour lui donner de la publicité devant le comte assisté des rachimbourgs ou devant un certain nombre de témoins.

édit de Théodoric, chap. 54; capit. de 753, § 5, dans Pertz, *Leges*, I, 22; Boretius, 40.

(1) Loi des Alamans, *add.*, 27.

(2) Marculfe, liv. II, form. 30; Zeumer, p. 94; Rozière, form. 110, 111, 112, 113, 114, p. 139 et suiv.

(3) Form. d'Anjou, 57; Zeumer, p. 24; form. de Tours, 19, Zeumer, p. 145; form. salique de Merkel, 18, Zeumer, p. 248. Ces textes ont été réunis par Thévenin, *op. cit.*, n[os] 8, 23 et 41.

(4) *Die Deutsche Eheschliessung*, p. 7, note 13.

La loi salique garde le silence sur la répudiation, comme sur le divorce; mais il en est question dans d'autres lois barbares. En principe, le mari avait toujours le droit de répudier sa femme, même par pur caprice, seulement, quand il la renvoyait sans motif, il était tenu de certaines peines. La femme, au contraire, n'avait la faculté de quitter son mari que dans des cas graves et spécialement indiqués par la loi; c'était alors un divorce pour cause déterminée. Les lois barbares voulaient d'ailleurs que, sauf le cas d'adultère, la femme répudiée eût son existence assurée. Ainsi les lois des Bavarois et des Alamans imposent au mari qui répudie sa femme, le paiement d'une forte amende aux parents, quarante sous d'après la loi des Alamans, quarante-huit sous d'après celle des Baravois et le mari doit en outre restituer à la femme tout ce qui lui revient légalement (1). La loi des Burgondes contient deux dispositions qui semblent contradictoires, l'une assez douce, l'autre très sévère contre le mari qui renie sa femme. D'après la première, le mari est tenu d'une amende de douze sous et il doit en outre restituer le *mundium* au double (2). La seconde, au contraire, veut qu'en dehors de trois cas déterminés, adultère, sortilège, violation de sépulture, le mari ne puisse pas répudier sa femme sans être obligé de lui abandonner, ainsi qu'aux enfants, la maison et toute sa fortune (3). Il est probable que cette seconde disposition a été introduite sous l'influence de l'Eglise. Elle avait pour objet de rendre la répudiation par pur caprice à peu près impossible.

Quant à la femme, nous l'avons dit, aucune loi ne lui a jamais permis de répudier son mari. D'après la loi des Burgondes, la femme qui abandonne son mari doit être noyée dans du fumier (4). Mais il va sans dire, comme nous l'avons déjà vu, que la femme peut divorcer pour cause légitime (5).

(1) Loi des Alamans, *add.*, chap. 30; loi des Bavarois, tit. VII, chap. 14.
(2) Loi des Burgondes, tit. XXXIV, § 2.
(3) Loi des Burgondes, tit. XXXIV, §§ 3 et 4.
(4) Loi des Burgondes, tit. XXXIV, § 1.
(5) Ainsi l'édit de Rotharic, chap. 195, 196, 197, permet à la femme de divorcer pour les causes suivantes : « *Si in animam mulieris insidiaverit; si*

Toutefois il paraît qu'en fait les femmes abandonnaient également leurs maris sans motif. On en a la preuve par des formules de réconciliation et de serment. Celui qui avait quitté son conjoint, mari ou femme, pris plus tard par le repentir, consentait ensuite à vivre de nouveau avec lui et prêtait serment de ne plus jamais le quitter. Ces pratiques se sont, sans aucun doute, introduites sous l'influence de l'Église, qui essayait par tous les moyens de faire respecter le lien de l'indissolubilité conjugale et, d'une manière plus générale, de moraliser le mariage (1).

Il va sans dire que, par l'effet du divorce ou de la répudiation, le mari perdait le *mundium*, et comme celui-ci ne pouvait pas passer à ses parents, il est bien probable, malgré l'absence de tout texte sur ce point, que le *mundium* retournait de plein droit à la famille de la femme. On a conjecturé qu'en cas de divorce par consentement mutuel, si la femme voulait se remarier, son nouveau mari était obligé d'acheter le *mundium* du précédent. Il est resté, a-t-on dit, jusque dans ces derniers temps, un vestige de cette loi dans un usage usité en Angleterre et aux États-Unis, où le paysan qui veut divorcer conduit parfois préalablement sa femme au marché public. Cette conjecture ne repose, comme on le voit, sur aucune base sérieuse.

Quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux, il devait se déterminer, en cas de divorce volontaire, par la convention des parties. Pour les autres cas, on peut conjecturer que le règlement s'opérait comme si le mariage s'était dissous par la mort, sauf l'application des peines contre l'époux coupable et la défaillance nécessaire de toutes les libéralités qui avaient le caractère de gain de survie.

L'Église, après avoir, pendant quelque temps, éprouvé des doutes sur la validité du divorce, n'avait pas tardé à le con-

*alii invitam ad maritum tradere voluerit aut volentibus ad ejus violentiam faciendam consensum præbuerit aut consilium dederit; si crimen ei injecerit, quod adulterasset; si eam strigam, quod est mascam clamaverit. »*

(1) Voy. à cet égard Rozière, form. 599, p. 671. On y trouvera la formule du serment que prêtait la femme repentante et qui consentait à revenir au domicile conjugal.

damner définitivement (1). Mais elle rencontra les plus grandes difficultés lorsqu'elle voulut faire accepter sa doctrine, d'abord dans l'Empire romain, ensuite parmi les Barbares. Constantin s'était borné à prohiber le divorce par consentement mutuel (2); il avait maintenu celui qui avait lieu pour des causes déterminées, et bientôt même le divorce par consentement mutuel avait reparu (3). Chez les Barbares, l'Église éprouva les mêmes résistances, mais là du moins elle finit par en triompher. Tout en proclamant énergiquement le principe de l'indissolubilité du mariage, elle permettait aux époux de se séparer lorsque la vie commune était devenue insupportable, sans d'ailleurs rompre le lien conjugal. C'était ce que l'on appela fort longtemps le *divortium quoad thorum et habitationem*, par opposition au *divortium quoad fœdus et vinculum*. Ce nouveau divorce, que nous appelons aujourd'hui plus exactement séparation de corps, pour éviter toute confusion, est déjà mentionné dans la loi des Visigoths (4); mais l'Église ne le fera accepter définitivement à la place du divorce véritable que beaucoup plus tard. Les recueils de formules nous donnent, on s'en souvient, des modèles de divorce, même par consentement mutuel; c'est la meilleure preuve de la persistance de cette cause de dissolution du mariage (5). Le principe de l'indissolubilité du mariage est consacré pour la première fois seulement dans le capitulaire de 744 (chap. 9) et confirmé ensuite par le premier capitulaire de 749 (chap. 12) (6). Au IXe siècle, les capitulaires condamnent formellement

(1) Je me borne à renvoyer, pour le développement de cette question, à ce que j'ai dit dans mon ouvrage sur *Le mariage civil et le divorce*, 2e éd., p. 214 et suiv.

(2) Const. 1, C. Th., *De repudiis*, 3, 16.

(3) Il fut rétabli en 429 par Théodose le Jeune et Valentinien III, const. 8, *De repudiis*, 5, 17; puis de nouveau aboli par Justinien, dans sa Novelle 134 (chap. 11), et rétabli par Justin II, Nov. 140. — Voy. à cet égard ce que j'ai dit dans mon ouvrage sur *Le mariage civil et le divorce*, p. 205.

(4) III, 6, 1, 2. Il semble toutefois que la femme ainsi divorcée puisse épouser un second mari avec le consentement du premier.

(5) Voy. Rozière, form. 110 et suiv.; Marculfe, liv. II, form. 30, Zeumer, p. 94.

(6) Voy., par exemple, deux capitulaires de 829, cap. 3 pour le premier, cap. 20 pour le second, dans Pertz, *Leges*, I, 345 et 353.

aussi le divorce (1). Mais ces prohibitions plusieurs fois renouvelées ne sont-elles pas la meilleure preuve des résistances qu'éprouvait l'Église?

Les seconds mariages ont toujours été vus avec défaveur, surtout de la part des veuves. Tacite nous apprend déjà que chez les Germains les filles ne se mariaient qu'une fois (2). Les lois barbares s'occupent du second mariage, mais surtout pour sauvegarder les droits des enfants nés du premier.

Avant tout, le second mari doit acheter le *mundium* aux héritiers du premier; il paie à cet effet un droit appelé *reipus* dans la loi salique (tit. XLVI) (3). Ce *reipus* est plus élevé que le prix d'achat du *mundium* sur une vierge : le premier mari avait payé un sou et un denier; le second doit donner, pour le *mundium* de la veuve, trois sous et un denier aux héritiers du mari. De son côté la veuve qui se remarie est tenue de payer également aux héritiers du premier mari, et à leur défaut au fisc, un droit appelé *achasius* ou *achasium*. Ce droit n'est pas fixe comme le *reipus;* il est au contraire proportionnel et s'élève à un dixième de la dot que la veuve avait reçue de son premier mari. C'est une sorte de composition que la veuve acquitte pour obtenir la paix avec les parents de son premier mari, outragés par ce second mariage (4). S'il n'y a pas d'enfants du premier mariage, la femme doit rendre à la famille de son premier mari son lit nuptial, un banc couvert, les meubles qu'elle avait apportés de la maison paternelle et enfin un tiers de la dot (5). Ici encore apparait l'idée d'une injure faite à la mémoire du premier mari.

Mais les dispositions les plus importantes relatives aux secondes noces sont celles qui ont pour objet de protéger les

(1) Le capitulaire de 753 (chap. 17) veut que le mariage prenne fin pour cause d'impuissance. Cpr. Boretius, p. 41. Toutefois il ne s'agit plus là d'une dissolution, mais d'une nullité de mariage, laquelle a été de tout temps reconnue par le droit canonique.

(2) Tacite, *Germanie*, § 19.

(3) Voy. aussi la loi des Burgondes, tit. LXIX, § 1.

(4) Loi salique, *Cap. extravag.*, VII, p. 331 de l'éd. Pardessus.

(5) Voy. les *Capita extravagantia* de la loi salique, tit. VII.

enfants du premier lit. Dans les lois barbares, où la femme survivante a la tutelle de ses enfants (1), elle perd cette tutelle en se remariant (2). D'après les *Capita extravagantia* de la loi salique (tit. VII), la veuve remariée n'a pas le droit d'aliéner ni de donner la dot que son premier mari lui avait constituée et, à son décès, cette dot doit appartenir exclusivement aux enfants du premier lit : *siç tamen ut dotem quem anterior maritus dedit, filii sui post obitum matris sine ullum consortium sibi vindicent ac defendant; de qua dotem mater nec vendere nec donare præsumat.* Toutefois c'est une question douteuse que celle de savoir si le mot *dos* est pris ici dans son sens étroit et ordinaire et signifie seulement la dot constituée par le mari à sa femme au moment du mariage ou s'il n'a pas, comme le prétend Pardessus, un sens plus large, de sorte qu'il s'appliquerait à toutes les libéralités faites à l'occasion du mariage par le premier mari à sa femme, notamment au *morgengab* (3). Cette seconde interprétation paraît plus conforme à l'esprit de la loi, mais elle s'éloigne manifestement de son texte, car le mot *dos* désigne ordinairement le *dotalitium* ou donation *ante nuptias* faite par le mari à sa femme. La loi des Burgondes enlève à la veuve qui se remarie, tous les avantages qu'elle a reçus du premier mari, sauf la dot (4). La loi des Visigoths prive du douaire la veuve qui se remarie (5).

Lorsqu'un veuf contracte de nouvelle noces, il ne peut, bien entendu, être question de *reipus* ni d'*achasius*. Le père remarié conserve le *mundium* sur la personne et sur les biens de ses enfants; mais on a soin de lui rappeler qu'il n'a

(1) Il ne faut pas confondre cette tutelle avec le *mundium*, qui ne pouvait pas appartenir à la mère.

(2) Loi des Burgondes, tit. LIX.

(3) Pardessus, *Loi salique*, 13e dissertation, p. 688.

(4) Tit. XXIV, § 1; tit. XLII, § 2; tit. LII, § 1. Le tit. LXIX de la même loi lui retire même la dot. Le même texte prévoit le cas où une femme se remarie pour la troisième fois et décide que, dans ce cas, la femme gardera la dot de son second mari. Celui-ci n'ayant pas respecté le premier veuvage, ses héritiers ne sauraient avoir la prétention que la veuve respecte le second veuvage plus que le premier.

(5) IV, 2, 14.

pas le droit d'aliéner les biens dévolus à ses enfants par la mort de leur mère (1).

Cette défaveur des seconds mariages existait déjà chez les Romains. De son côté l'Eglise usa de son influence pour les empêcher. Aussi ne faut-il pas nous étonner que les secondes noces aient été traitées avec rigueur jusque dans les temps modernes. Nous rencontrerons plus tard le célèbre édit de 1560, œuvre du chancelier L'Hospital. De même, en Allemagne, l'électeur de Cologne décida le 29 avril 1597 que les nobles de Westphalie pourraient à l'avenir contracter un second mariage, même s'ils avaient encore des enfants du premier, mais ce second mariage devait être nécessairement morganatique.

### § 3. — FILIATION LÉGITIME OU NATURELLE.

Les lois barbares admettaient, sans aucun doute, cette présomption déjà consacrée par le droit romain : *is pater est quem nuptiæ demonstrant*. Seulement cette présomption pouvait, bien entendu, être combattue par la preuve contraire. Des textes précis en contiennent différentes applications. Ainsi lorsque deux esclaves appartenant à des maîtres différents se mariaient avec le consentement de leurs maîtres, les enfants suivaient la condition du mari et appartenaient à son maître, contrairement à la règle romaine *partus ventrem sequitur*. De même les chartes qui permettent des mariages entre libres et esclaves et en déterminent les effets, admettent toujours, quant à la filiation des enfants, la présomption de paternité du mari (2). Si l'on appliquait la présomption de paternité du mari dans les mariages entre esclaves, à plus forte raison l'admettait-on dans le cas de mariage des personnes libres. Le titre LI de la loi des Alamans en donne une remarquable application : supposant qu'un individu a enlevé

(1) Loi des Burgondes, tit. LXXIV, § 3. Les autres lois barbares se montrent également rigoureuses contre le veuf qui se remarie. Voy. par exemple le titre VIII des *Capita extravagantia* de la loi salique et la loi des Visigoths, IV, 2, 13.

(2) Rozière, form. 101 et suiv.—Lindenbrog, form. 20; Zeumer, p. 281.—Loi des Alamans, tit. XVIII, § 3. Parfois les maîtres dérogeaient à cette règle ordinaire et, par une convention formelle, partageaient entre eux les enfants à naître du mariage de leurs esclaves. Mabillon, form. 44.

la femme d'un autre et qu'ensuite, durant l'union illicite, cette femme a eu des enfants, cette loi attribue au mari le *mundium* sur ces enfants.

D'ailleurs la présomption de paternité du mari pouvait être contestée et on se trouvait alors parfois dans la nécessité de prouver cette paternité, si les circonstances étaient telles qu'elles faisaient tomber la présomption. Il n'y avait, à proprement parler, aucune règle spéciale quant à la preuve pour les questions de paternité, de maternité, de filiation. Gontran doutant fort que Clotaire alors âgé de sept ans fût fils de Chilpéric, Frédégonde fut admise à prouver la filiation légitime de Clotaire par son serment et par celui de plusieurs centaines de cojureurs (1).

On est loin de s'entendre sur la condition des bâtards dans les anciennes législations. Certains auteurs ont prétendu que ces usages primitifs n'établissent aucune distinction entre les batârds et les enfants nés du mariage. Cette solution ne nous parait solidement établie qu'à l'égard de la mère.

Quoi qu'il en soit, à l'époque barbare, la notion de l'enfant légitime était relativement très étroite; on ne reconnaissait cette qualité qu'aux enfants nés de mariages contractés entre personnes de même condition. Les mésalliances étaient vues avec une extrême défaveur. Les lois menaçaient de peines sévères ceux qui se permettaient de corrompre ainsi

(1) Grégoire de Tours, liv. VIII, § 9 « : Ensuite le roi vint à Paris, et commença à s'exprimer ainsi en présence de tous : « Mon frère Chilpéric en mourant a laissé, m'a-t-on dit, un fils que ses gouverneurs, à la prière de leur mère, m'ont demandé de présenter au saint baptême le jour des fêtes de la nativité du Seigneur, et ils ne sont pas venus. Ils ont désiré ensuite qu'il fût baptisé le saint jour de Pâques, et ce jour-là ils ne m'ont pas davantage apporté l'enfant. Pour la troisième fois, ils ont prié qu'il fût présenté au baptême à la fête de saint Jean, et l'enfant n'a pas été davantage amené. Ils m'ont fait quitter par un temps de stérilité le lieu que j'habitais; je suis venu et voilà qu'on cache cet enfant, et qu'on ne me le montre pas. D'après cela, autant que je puis croire, ce n'est pas ce qu'on m'a promis, mais c'est, à ce que je crois, le fils de quelqu'un de nos leudes, car s'il était de notre race, on me l'aurait apporté. Vous saurez donc que je ne veux pas le recevoir jusqu'à ce qu'on m'ait donné sur lui des renseignements certains. » La reine Frédégonde, instruite de ces paroles, assembla les principaux de son royaume, savoir trois évêques et trois cents des meilleurs hommes, qui firent serment que cet enfant était né du roi Chilpéric, en sorte que les soupçons du roi furent dissipés. »

la pureté de leur race. D'après la loi salique, l'homme ingénu qui s'unit à une esclave ou à une affranchie d'autrui perd la liberté. Mais cette peine ne le menace pas s'il contracte mariage avec sa propre esclave ou avec son affranchie (1). On peut supposer le cas inverse : une femme ingénue s'unit à un esclave. Les lois se montrent encore plus sévères pour cette seconde mésalliance. A l'exception de la loi des Alamans et de celle des Frisons qui laissent à la femme son ingénuité, les autres la menacent de la peine de mort ou de la réduction en servitude (2). Quant aux enfants nés de ces unions, ils sont de véritables bâtards et optant entre la condition de leur père ou celle de leur mère, la loi les oblige à suivre celle qui est la moins bonne : *generatio semper ad inferiora declinatur* (3). A une époque où le mariage se forme par le simple consentement et où l'inégalité des conditions est une cause de mésalliance, ces bâtards nés de mariages entre personnes de conditions différentes, sont manifestement les plus nombreux; les autres sont des enfants nés du hasard, sans père connu et qui dès lors suivent nécessairement la condition de leur mère. Aussi les lois barbares s'occupent-elles surtout des bâtards nés de ces mésalliances. Ils sont nécessairement serfs par cela seul qu'un de leurs parents appartient à cette condition : ils ne peuvent exercer aucun droit politique; ils sont étrangers à la famille de leur père ou de leur mère et n'y sauraient prétendre à aucun droit de succession; ils sont placés sous l'autorité du maître de leur père ou de leur mère et, à défaut de ce maître, sous celle du roi. Tel est du moins l'ancien droit germanique; mais il subit plus d'un changement sous l'influence du droit romain. Ainsi les lois de Rotharis reconnaissent à l'enfant naturel une certaine part dans la succession *ab intestat* de son père, malgré la présence d'enfants légitimes. Mais le père n'a pas le droit de lui donner au delà

(1) Loi salique, tit. XIV, § 11. Chez les Ripuaires, l'homme qui se mariait ainsi conservait cependant sa liberté. Loi des Ripuaires, tit. LIX, § 2 et 11.

(2) Loi des Alamans, tit. XVIII, § 2; loi des Frisons, tit. VI; loi des Ripuaires, tit. LVIII, § 15 et 18; loi des Burgondes, tit. XXXV, § 2 et 5. Quant à l'esclave, la loi des Ripuaires, tit. LVIII, § 18, prononce contre lui la peine de mort.

(3) Loi des Ripuaires, tit. LVIII, § 11.

de cette part, à moins qu'il obtienne le consentement de ces mêmes enfants légitimes (1). La loi des Bavarois est moins généreuse : elle n'accorde aucun droit aux enfants naturels, mais elle recommande aux enfants légitimes de venir à leur aide (2). Chez les Francs, les bâtards n'ont pas droit, en principe, à une part de l'héritage paternel; la loi ne les appelle pas à la succession *ab intestat;* mais rien ne s'oppose à ce que par la volonté du père, ils obtiennent tout ou partie de la succession. Ainsi un des bâtards de Clovis, Thierry I[er], fut admis au partage du royaume avec ses frères légitimes. Plus tard, le même fait se reproduisit au profit de Sigebert et de Chilpéric (3). Charlemagne n'accorda à ses bâtards aucune part de l'Empire, mais il pourvut à leur sort dans son testament (4). En 895, l'empereur Arnoul céda à son fils naturel le royaume de Lotharingie du consentement des membres de la diète qui siègeait à Worms (5). Il était aussi de principe qu'un simple particulier pouvait laisser tout ou partie de sa fortune par testament à ses enfants naturels (6).

Les textes ne parlent pas de la condition de l'enfant naturel vis-à-vis de sa mère. Ce silence est très remarquable et certains auteurs en ont conclu, comme on l'a vu, qu'il n'existait en effet à l'égard de la mère aucune différence entre les enfants naturels et les enfants légitimes.

On a beaucoup discuté sur la question de savoir si les bâtards pouvaient entrer dans la famille au moyen d'une sorte de légitimation. Pendant les premiers temps de l'époque franque, à l'époque où l'on distinguait encore nettement les Romains et les Barbares, les premiers devaient pratiquer la

(1) Lois de Rotharis, chap. 154.
(2) Loi des Bavarois, tit. VIII, § 2.
(3) C'est peut-être à ces faits que Grégoire de Tours fait allusion, liv. V, § 25.
(4) Eginhard, *Vita Caroli magni*, cap. 23.
(5) Bouquet, *Recueil des historiens*, t. VIII, p. 74.
(6) Voy. par exemple Rozière, form. 137 et 140; Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, n° 35, p. 39. Dans la form. 137 de Rozière, il s'agit d'un père qui affranchit sa fille née de son esclave et l'institue ensuite héritière avec ses frères légitimes. Dans la form. 140 de Rozière, il s'agit d'un mariage pour lequel on n'a pas rédigé d'*instrumentum dotale*, ce qui a permis de le considérer comme un concubinat.

légitimation suivant leur droit propre. C'est ainsi que la loi romaine des Visigoths mentionne la légitimation par l'oblation à la curie (1). On a prétendu qu'une certaine formule se rattache aussi à ce mode de légitimation. Mais, à notre avis, elle a un sens tout à fait différent : elle a pour objet de donner mandat de faire enregistrer à la curie l'acte par lequel un père entend légitimer ses enfants naturels en les appelant à son hérédité (2). Quant à la légitimation par mariage subséquent, elle demeura fort longtemps étrangère au droit des Francs et ne s'y introduisit que sous l'influence de l'Église. Ainsi elle ne fut acceptée en Allemagne, dans le droit provincial et dans le droit féodal, qu'au XIII[e] siècle (3) et en Angleterre elle n'a jamais été admise, pas même de nos jours. Mais on ne voit pas pour quelle raison un père n'aurait pas pu faire entrer dans sa famille un bâtard au moyen de l'adoption germanique que nous allons bientôt expliquer. Il est même possible que certaines formes de cette adoption aient été plus particulièrement employées dans les cas de ce genre; par exemple, le père prenait l'enfant sur ses genoux ou bien le plaçait sous son manteau, ou bien encore chaussait le même soulier que lui (4). Il nous paraît certain qu'un père pouvait aussi légitimer ses enfants naturels dans une certaine mesure en les instituant ses héritiers par testament. C'est à cette situation que fait allusion une importante formule déjà citée à propos du mariage : en l'absence d'*instrumentum dotale* on avait prétendu qu'il y avait eu concubinage et non mariage, que les enfants étaient naturels et non pas légitimes; le père, en faisant son testament, déclare que puisque ses enfants sont appelés naturels, il les institue héritiers *in legitimam suc-*

(1) *Lex romana Visigothorum*, éd. Haenel, p. 270. Cp. Martel, *Étude sur l'enregistrement des actes de droit privé*, p. 78.

(2) C'est la formule de Rozière 261. Cette formule, autrefois comprise dans l'appendice de Marculfe, est placée par Zeumer dans l'appendice des formules de Sens, p. 109. Elle a été également donnée par Thévenin, *op. cit.*, n° 35, p. 41.

(3) *Miroir de Saxe*, liv. I, art. 36; *Miroir de Souabe*, chap. 37. — Cpr. Stobbe, *Die Aufhebung der vaterlischen Gewalt*, dans ses *Beiträge*.

(4) Cpr. Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 160 et 464.

*cessionem* (1). Mais il est douteux que cette légitimation, sous forme d'institution d'héritier, ait pu produire d'autres effets. Ainsi il serait difficile d'admettre que les enfants entraient dans la famille de leur père et qu'ils pouvaient hériter *ab intestat* des parents paternels.

Lorsque le bâtard était un serf né d'une union entre un maître et une de ses esclaves, le père pouvait aussi donner à l'enfant né de cette union, les mêmes avantages qu'à ses enfants légitimes : il lui suffisait d'abord d'affranchir cet enfant, car il était serf comme sa mère, ensuite de l'instituer héritier (2). Mais, dans ce cas encore, les effets de cette sorte de légitimation devaient se restreindre aux rapports du père et de son enfant.

Telle était de droit commun la condition des enfants naturels ou bâtards. Mais il ne faut pas oublier qu'il était permis d'y déroger par des conventions contraires. Ainsi fort souvent une femme ingénue ne consentait à s'unir à l'esclave d'autrui qu'en stipulant, au moyen d'un contrat passé entre elle et le maître de cet esclave, qu'elle resterait libre et que la liberté serait égalemeut acquise aux enfants à naître de l'union. On donnait aux écrits passés à cet effet le nom d'*epistolæ conculcatoriæ* (3).

### § 4. — L'ADOPTION.

On trouve aussi chez les Barbares une institution assez semblable à l'adoption, c'est-à-dire à l'entrée dans une famille. Le titre XLVIII de la loi salique *de affatomia* (4) nous donne

(1) Formule de Sens, appendice 1 a; Zeumer, p. 208. — Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, n° 35 a, p. 39.

(2) Voy. Rozière, form. 137, qui forme dans Zeumer la 42e formule de Sens, p. 204.

(3) Voy. les formules 101 à 109 de Rozière. Sur l'explication du mot *conculcatoria*, voy. Du Cange, *hoc verbo* et Rozière, *Recueil général des formules*, p. 129, note a.

(4) Le mot *affatomia* ou *ad fatimia* a exercé la sagacité des philologues et des jurisconsultes allemands. Les étymologies proposées par Du Cange (v° *affatomia*) et par les auteurs du *Nouveau traité de diplomatique* (I, 260) n'ont plus aucune valeur. Voy. sur ce point Wachter, *Glossarium Germanicum*, v° *Adfatimire;* Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, t. I, § 59; Waitz,

des détails très complets sur cette sorte d'adoption. Nous possédons aussi quelques formules d'affatomie (1). Au jour indiqué par le *tunginus*, en présence de témoins et par le jet de la *festuca*, celui qui se propose d'adopter transfère son patrimoine à son futur héritier. Il le conduit ensuite dans sa demeure pour le mettre en jouissance de la fortume. L'adopté s'installe dans la maison, y reçoit des hôtes devant témoins et les héberge pendant plusieurs jours; mais c'est là une pure fiction, car ensuite l'adopté, héritier présomptif, doit se rendre *ante regem aut in mallo legitimo* et, dans le délai de douze mois, restituer la fortune qui lui a été transférée : cet acte, comme on le voit, constitue à la fois une adoption et une institution d'héritier par contrat (2). Toutes ces formalités, la déclaration de l'adoptant devant le *tunginus* qu'il prend un tel pour héritier, la conduite de l'adopté dans la maison de l'adoptant, enfin la dernière solennité dans le *mallus legitimus* ou en présence du roi, doivent s'accomplir devant un certain nombre de personnes et si plus tard elles sont contestées, il faut trois témoins pour prouver chacune d'elles, en tout par conséquent neuf témoins. Cette adoption, sauf des différences de forme, était pratiquée même par les rois qui voulaient se donner des héritiers. Grégoire de Tours nous en fournit un exemple (3). Le roi Gontran n'ayant pas d'enfants adopta son neveu Childebert; il lui déclara en présence d'un grand

*Das alte Recht der Salischen Franken.* Il existe une dissertation spéciale de Wilbrandt, dans la *Zeitschrift de Reyscher et Wilda*, V, 182.

(1) Voy. notamment Rozière, form. 134, p. 171.

(2) Certains auteurs n'admettent pas l'interprétation que nous venons de proposer; ils pensent que la tradition fictive par la *festuca* ne se fait pas à l'adopté lui-même, mais à un intermédiaire, lequel doit ensuite rendre les biens qui lui ont été confiés à titre de fidéicommis. Il est vrai que cet intermédiaire apparait sous le nom de salman, dans un certain nombre d'actes de l'époque, mais il n'en est pas question à propos de l'affatomie dans la loi salique et le texte consacré à ce contrat dit au contraire que l'adoptant jette la *festuca cui voluerit dare.* Cpr. tit. XLVI, dans Pardessus, p. 26. De même certains érudits prétendent que ce contrat portait seulement sur tout ou partie des meubles, mais qu'il était étranger aux immeubles. Cependant les textes parlent de *fortuna* et nous voyons Gontran donner de cette manière tout son royaume qu'il considérait bien, d'après les notions de l'époque sur le pouvoir royal, comme une véritable propriété immobilière.

(3) Liv. V, § 18.

nombre de personnages, qu'il le prenait comme fils; il le plaça sur son trône et lui fit, nous dit Grégoire de Tours, tradition de son royaume. Si l'on rapproche ce texte de celui de la loi salique, il est facile d'y reconnaître les solennités de l'affatomie, plus pompeuses, et moins exactement décrites (1). Au lieu de faire tradition de son royaume *per festucam*, dans un *mallus* ordinaire, Gontran remplit cette formalité *per hastam* devant les grands du royaume, c'est-à-dire dans le *mallus* le plus solennel. Childebert n'accepte pas en personne. Ce sont les grands du royaume qui asquiescent en son lieu et place, ce qui prouve qu'au moment où cette adoption était faite, ce prince n'avait pas encore atteint sa majorité. Résulte-t-il de là que l'affatomie pouvait avoir lieu au profit d'un mineur ? Il est permis de le conjecturer. Mais cependant la preuve n'est pas certaine, car il est possible qu'on ait exigé une majorité spéciale pour les princes. Or Childebert avait atteint la majorité ordinaire lorsqu'il fut adopté par Gontran; mais il n'était pas encore parvenu à la majorité royale (2). Dans la suite, cette manière d'entrer dans la famille disparut, mais on continua à instituer héritier sous forme d'aliénation contractuelle entre vifs. En d'autres termes, l'affatomie contenait deux institutions à la fois : l'adoption et l'institution d'héritier par contrat. La première est tombée dans l'oubli, mais la seconde a subsisté (3).

Plusieurs formules nous font connaître les formes, les con-

(1) Voici le passage de Grégoire de Tours : « Il m'est arrivé, à cause de mes péchés, de rester sans enfants, je prie donc mon neveu de devenir mon fils. » Et le plaçant sur son trône, il lui fit tradition de tout son royaume en disant : « Qu'un même bouclier nous protège ! qu'une même lance nous défende ! S'il me vient des fils, je ne te regarderai pas moins comme un d'entre eux, et tu conserveras l'amitié que je te promets aujourd'hui en présence de Dieu. » Les grands de Childebert firent la même promesse en son nom. Ils mangèrent et burent ensemble, s'honorèrent mutuellement de présents magnifiques et se séparèrent en paix.

(2) Voy. en sens contraire Pardessus, *Loi salique*, 3e dissertation, p. 452.

(3) Voy. notamment le capitulaire de 803 relatif à la loi Ripuaire, cap. 9, Pertz, *Leges* I, 118; Boretius, p. 118, cap. 8. De même on lit dans Glanville, lib. VII, cap. 1, § 2 : *Qui filios non habuerit et alium quemlibet heredem sibi facere voluerit, coram rege vel... comite et scabinis... traditionem faciat.* Voy. aussi, Marculfe, liv. II, form. 13; Zeumer, p. 83; Thévenin, *op. cit.*, n° 15, p. 16.

ditions et les effets de cet acte qui était à la fois une adoption et une institution d'héritier.

En général, ces adoptions étaient faites par des personnes qui n'avaient pas d'enfants. Certaines lois barbares font même de l'absence d'enfants une condition de la validité de l'affatomie : telles sont la loi des Ripuaires et celle des Lombards. La loi salique ne dit rien de cette condition; peut-être est-elle sous-entendue (1). Assez souvent aussi ces mêmes personnes se trouvaient par l'âge ou par les infirmités, dans l'impossibilité de gérer leur fortune (2). Si l'adopté était encore placé sous la puissance de son père naturel, il fallait le consentement de celui-ci (3). L'adoptant transmettait son patrimoine à l'adopté *per cartolam sive per festucam atque per andelangum* (4); en d'autres termes, on employait pour le transport du patrimoine les formes ordinaires de l'aliénation. Parfois cette aliénation produisait immédiatement effet et l'adoptant se réservait seulement le droit d'exiger ce qui serait nécessaire à sa vie (5). Mais si l'adopté manquait à ce devoir, le contrat tombait de plein droit. Enfin on faisait intervenir, comme dans tous les contrats, des stipulations pénales qui garantissaient l'adopté et ses héritiers contre toute entreprise de la part des héritiers naturels de l'adoptant ou de toutes autres personnes (6).

Il est possible que ces deux formes de l'adoption, l'une par la *festuca*, la seconde par les armes, comme ce fut le cas du roi Gontran au profit de son neveu Childebert, n'aient pas été les seules. Il est certain que l'adoption *per pallium* et *indusium*, sous la chemise ou sous le manteau, a été pratiquée chez divers peuples, dans l'antiquité et même jusqu'au XIe siècle. Il est aussi parlé d'une adoption par la coupe des

(1) Loi Ripuaire, tit. XLVIII; lois de Rotharis, chap. 168, 170 et 171.

(2) Rozière, form. 115 et suiv., p. 142.

(3) *Ibid.*

(4) Rozière, form. 118, p. 146.

(5) « *In ea vero ratione ut, quandiu advixero, victum mihi et potum, vestimenta et calciamenta, in omnibus sufficienter procurare debeas, et ut exinde mihi omnibus diebus vitæ meæ nihil deficiat. Quod si hoc non feceris, ipsas res, quas tibi delegam, ad integrum perdas.* » Rozière, form. 118, p. 146.

(6) Rozière, form. 115, p. 143.

cheveux ou de la barbe (1). Mais s'agit-il là d'institutions juridiques ou de simples pratiques vulgaires, c'est ce qu'il serait difficile de dire; aussi les auteurs sont-ils partagés sur cette question (2).

### § 5. — LA PUISSANCE DU PÈRE, LA TUTELLE.

Tandis que la puissance parternelle était perpétuelle chez les Romains et ne pouvait prendre fin que par la mort du *paterfamilias* ou par l'émancipation du fils, au contraire chez les Barbares le *mundium* sur les enfants mâles cessait à un certain âge et en général de très bonne heure. Le chapitre 13 de la *Germanie* de Tacite nous représente le jeune homme atteignant sa majorité au moment où il est armé dans l'assemblée du peuple. De même les lois de Henri Ier et de Guillaume le Conquérant nous apprennent que le *mundium* sur les enfants mâles prend fin par la remise des armes, accompagnée de solennités symboliques, dans l'assemblée des hommes libres (3). Les textes de l'époque franque manquent de détails sur ces questions ou gardent même parfois un silence complet qui a donné lieu à des difficultés. Mais, à notre avis, on peut s'en référer, pour ces questions, aux anciens textes des lois anglo-saxonnes et à ceux du très vieux droit normand qui ont fidèlement conservé, comme nous l'avons montré ailleurs, les anciennes institutions germaniques. En Gaule et chez la plupart des peuples barbares, la minorité prenait fin à un âge fixe. Ces dispositions semblent avoir supprimé les solennités de l'assemblée du peuple. La minorité cessait, d'après la loi salique, à douze ans (4). Chez les Ripuaires, les

(1) Aimoin, liv. I, chap. 20, dans Bouquet, t. III, p. 41. — De Lagrèze, *La Navarre française*, t. II, p. 203.

(2) Il est même des auteurs qui refusent de voir dans l'adoption par les armes, un acte juridique. Cpr. sur cette question Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 146 et 464. — Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 402 et 403. On pourra consulter sur l'affatomie un résumé fort bien fait par M. Paturet, dans la *Grande encyclopédie*, *hoc v°*. On y trouvera une bibliographie des travaux les plus intéressants sur la matière.

(3) Voy. Loi de Henri Ier, chap. 78; Lois de Guillaume le Conquérant, section 3, chap. 15. Cpr. mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, I, p. 111

(4) Loi salique, tit. XXVI. Cpr. le capitulaire amendant la loi salique de 819, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 226; Boretius, 293.

Bourguignons et les Visigoths, elle ne prenait fin qu'à quatorze ou quinze ans (1). Une fois arrivé à cet âge de la majorité, l'enfant mâle échappe au *mundium* en ce sens qu'il a le droit de quitter la maison paternelle. Mais s'il y demeure, il semble bien à la plupart des auteurs, qu'il reste aussi soumis à la puissance de son père; seulement cette autorité est devenue purement volontaire, puisqu'il suffit à l'enfant, pour s'y soustraire, de s'éloigner du toit paternel (2). Dans tous les cas, il paraît bien établi qu'à partir de cette majorité, le Franc acquiert les droits politiques et est soumis aux devoirs qui y correspondent. Ainsi, dès cet âge, il doit porter serment de fidélité au roi ou à l'empereur. Un capitulaire de Charlemagne de 802 a le soin d'imposer ce serment de fidélité à partir de l'âge de douze ans (3). Y avait-il, en outre de la majorité générale, une majorité spéciale et plus élevée, pour divers actes de la vie civile ou pour certaines personnes? D'après l'opinion dominante, l'âge de la majorité était le même pour tous, hommes libres, nobles, rois ou membres de la famille royale (4). C'est seulement dans la suite qu'un âge spécial fût établi pour la majorité des nobles et pour celle des membres des familles royales (5). Il est cependant certain que chez plusieurs peuples germaniques, notamment chez les Normands, il y avait, outre la majorité ordinaire, une majorité spéciale fixée à vingt et un an (6). Lorsque Gontran

(1) Loi des Ripuaires, tit. LXXXI; loi des Burgondes, tit. LXXXI; loi des Visigoths, IV, 3, 4. Les Visigoths, sous l'influence du droit romain, ont toutefois aussi connu une *perfecta ætas* de vingt ans, IV, 2, 13.

(2) En ce sens Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, 1854, p. 462; Schulte, *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne*, trad. Marcel Fournier, p. 31; Freund, *Was in der Were verstirbt*, Breslau, 1880, p. 10. Cf. Bernhöft, *Staat und Recht der römischen Königszeit*, p. 200.

(3) Capit. de 802, cap. 2, Boretius, 92. De même en Irlande la majorité politique était fixée à douze ans; dès cet âge on pouvait être témoin, juge, juré, etc. Voy. Dareste, dans le *Journal des Savants*, année 1881, p. 495.

(4) Voy. notamment Ruinart sur Grégoire de Tours, VII, 33. — Pardessus, *Loi salique*, 3e dissertation, p. 452; Schäffner, *op. cit.*, I, p. 254.

(5) Les princes mérovingiens étaient majeurs d'après la loi salique et les princes carolingiens d'après la loi ripuaire. *Divisio imperii, anno* 817, cap. 16, dans Pertz, I, 199; Boretius, 273.

(6) Voir mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 202.

adopta Childebert et lui fit tradition de son royaume (1), en lui mettant sa lance dans la main, cette affatomie, on s'en souvient, ne fut pas acceptée par Childebert lui-même, mais par ses grands et en son nom. Grégoire de Tours est formel sur ce point : « Les grands de Childebert, dit-il, firent la même promesse en son nom. » Si Childebert avait été majeur, il aurait certainement accepté en personne. Or, cependant Childebert roi d'Australie, et régi par la loi ripuaire, qui fixait la majorité à quinze ans, avait, d'après l'opinion dominante, dépassé cet âge au moment où il fut adopté par son oncle Gontran. On doit donc en conclure qu'en sa qualité de prince il était soumis à une majorité plus élevée, probablement à la majorité de vingt et un an (2).

D'ailleurs il semble que pour certains actes de la vie civile il ait aussi existé une majorité spéciale. Ainsi la loi des Visigoths, tout en fixant la majorité à quinze ans, comme la loi des Ripuaires et celle des Bourguignons, veut cependant qu'on ne puisse être tuteur ou *mundoaldus* avant l'âge de vingt ans. Et d'un autre côté elle accorde,

(1) Voy. Grégoire de Tours, liv. V, § 18. On a tort de ne citer sur cette question que le liv. VII, § 33 où la solennité est moins exactement décrite; il y est seulement parlé de la remise du royaume par la lance.

(2) D'après l'art de vérifier les dates, Childebert était né en 570 et les savants placent à 585 l'investiture faite par Gontran. On remarquera que cet intervalle précis de quinze années peut avoir été tel, que Childebert n'avait pas encore atteint sa quinzième année révolue au moment où il fut adopté; il était peut-être seulement sur le point d'y arriver. Dans ce cas on comprendrait très bien l'acceptation par les grands, sans qu'il ait existé une majorité spéciale pour les princes : Childebert n'avait pas encore atteint la majorité ordinaire de quinze ans établie par la loi ripuaire. On cite aussi deux diplômes de Sigebert fils de Dagobert qui paraissent fixer pour les princes la majorité à vingt et un ans. Sigebert, né en 630, fit en 648, (peut-être 644), c'est-à-dire à l'âge de dix-huit (ou de quatorze ans), une donation à l'abbé de Remacle. Mais cette donation fut ratifiée par le tuteur qu'il avait reçu pour l'administration du royaume. Il était donc à cette date encore mineur. Trois ans plus tard, en 651, alors qu'il avait atteint l'âge de vingt et un ans, Sigebert fit une nouvelle donation, mais son tuteur n'intervint plus et le prince eut même soin de déclarer dans l'acte qu'il était parvenu *ad legitimam ætatem*. Ne résulte-t-il pas avec évidence du rapprochement de ces deux pièces que l'âge de la majorité était fixé pour les princes à vingt et un ans? Voy. *Diplomata*, nouvelle édition, tome II, nos 309 et 319, p. 82 et 93. L'argument perd toutefois, on le remarquera, une partie de sa force, si l'on admet que le premier de ces diplômes est de 644 et non de 648.

dans certains cas, le droit de tester dès la dixième année (1).

Tant que l'enfant n'a pas atteint l'âge de la majorité fixée à douze ans par la loi salique, à quinze ans par la loi des Ripuaires et par quelques autres, *usque ad perfectam ætatem*, comme disent les textes, l'enfant est appelé *infans* ou *parvolus*.

Cet *infans*, ce *parvolus* est soumis à des dispositions spéciales. S'il commet un délit, il est exempté du *fredum* ou amende due au fisc, mais il est tenu de la réparation du dommage envers la personne lésée (2). Le meurtre d'un *infans* est puni beaucoup plus sévèrement que celui d'une autre personne ingénue (3). C'est une manière de protéger l'enfance et on sait que les lois barbares s'attachent votontiers à garantir les faibles contre les violences.

Tant que les enfants n'ont pas atteint l'*ætas perfecta*, ils sont placés sous le *mundium* du père et ce *mundium* ne cesse même à la majorité que pour les mâles. Le père a la jouissance des biens de ses enfants jusqu'à leur sortie de puissance; ceux-ci ne peuvent pas être actionnés en justice, à moins qu'il ne s'agisse d'une action *ex delicto* (4). De même, l'enfant mineur est incapable de contracter (5). Mais celui qui exerce le *mundium* sur le mineur peut l'habiliter en donnant son consentement et il semble qu'alors avec ce consentement le mineur devienne capable de donner, même à titre gratuit (6).

L'âge de la majorité est le même pour les hommes et pour

(1) Loi des Visigoths, IV, 3, 1 et suiv. La loi lombarde avait aussi admis la majorité de douze ans, mais plus tard elle fut fixée à dix-huit ans par les lois de Luitprand (chap. 19 et 117).

(2) 3e capit. de 819, chap. 5, Voy. Boretius, 293.

(3) Loi salique, tit. XXVI.

(4) Loi des Ripuaires, tit. LXXXI; 3e capit. de 819, chap. 5, Baluze, I, 607; Boretius, 293.

(5) Loi des Ripuaires, tit. LXXIV, § 3; loi des Burgondes, tit. LXXXVII.

(6) *Diplomata*, nouvelle éd., t. II, n° 309 et 319, p. 82 et 93. Suivant M. Pardessus, *Loi salique*, p. 453, on ne pouvait pas adopter et instituer héritier par acte entre vifs un mineur; mais nous avons déjà relevé cette erreur en montrant, avec Grégoire de Tours, que Gontran avait ainsi adopté et pris comme héritier Childebert, qui n'avait pas encore atteint sa majorité.

les femmes : les termes généraux *puer*, *infans*, employés par les textes (1) comprennent les deux sexes. Mais les conséquences de la majorité diffèrent. Le fils parvenu à l'*ætas perfecta* échappe au *mundium* et à la tutelle. Il a le droit de quitter le foyer paternel, de s'établir à sa convenance et ordinairement même le père lui donne quelque bien au moment de la cérémonie de la coupe des cheveux, *capillatoria*, qui atteste le passage de l'enfance à la majorité (2). Mais si l'enfant, au lieu de quitter le foyer paternel, demeure *in cella paterna*, il continue, comme nous l'avons dit, à dépendre de son père à titre d'habitant du foyer et, en fait, cet état devait être le plus fréquent, car, suivant les mœurs des Barbares, les mariages étaient tardifs et les fils ne devaient pas songer à fonder un établissement séparé avant de prendre femme. Il semble pourtant que tout en demeurant auprès de son père, le fils sortirait de puissance s'il était affranchi du *mundium*, par exemple, par la remise d'une arme, symbole de l'indépendance. Certains auteurs pensent même que la coupe des cheveux était une cérémonie de cette nature et non pas une simple attestation que l'enfant avait atteint sa majorité (3). En fait l'affranchissement et l'abandon du toit paternel devaient coïncider presque toujours.

Pour les filles, le père est privé du *mundium* lorsqu'il les marie. Quant aux Romains, ils ne perdent la puissance paternelle sur leurs enfants que par la mort ou par l'émancipation; celle-ci a lieu chez les Visigoths dans la forme romaine, devant la curie de la ville (4).

(1) Loi salique, tit. XXVI, 3e capit. de 819, chap. 5; Baluze, I, 607, Boretius, 293; loi des Ripuaires, tit. LXXXI.

(2) Les rois seuls portaient la longue chevelure qui était un des signes de leur souveraineté. Toutefois on ne taillait pas les cheveux des garçons, à moins qu'ils ne fussent majeurs. A cet âge et comme signe de majorité, on leur coupait la chevelure à la hauteur du cou. Pour ceux qui entraient dans les ordres, les cheveux étaient taillés beaucoup plus court; ils étaient rasés à la romaine.

(3) Voy. Thévenin, *Etudes sur les institutions germaniques*, 5e appendice p. 176 et suiv.

(4) *Epitome* de Gaius, VI, 3, dans Hänel, *Lex romana Visigothorum*, 1848, p. 320, 321, 322. On se rappelle que cette *lex Romana Visigothorum* est devenue le droit commun des Romains de la Gaule.

Le *mundium* du père sur ses enfants était avant tout une puissance de protection. Le père de famille n'était pas, comme à Rome, le maître de ses enfants, mais leur gardien. Un vieux commentateur des lois lombardes a soin de constater que, d'après ces lois, les enfants ne sont pas sous la puissance de leur père : *jure Longobardorum filii non sunt in potestate patris* (1). N'est-ce pas déjà l'ancienne formule de nos coutumes : *puissance paternelle ne vaut?* Et on remarquera que chez les Lombards le *mundium* était plus dur que chez les autres peuples barbares. Ainsi, la personne du fils, comme celle de la fille, était distincte de celle du *paterfamilias* qui absorbait toutes les autres. Dans sa *Germanie*, Tacite constate déjà ce fait en disant que l'enfant est déjà, au foyer domestique, *pars domus*. Le père est tenu d'élever ses enfants, de les défendre, de venger les offenses qu'ils reçoivent. Déjà, au temps de César, nous l'avons vu, les usages de la Germanie refusaient au père le droit de vie et de mort sur ses enfants. Tacite nous apprend que l'on considérait comme un crime de tuer les enfants nouveau-nés (2). Il paraît même que le très ancien droit de vendre les enfants était plutôt combattu que consacré par les lois. Malgré l'influence du christianisme, on a encore des exemples de ventes d'enfants mineurs, mais c'est là un abus et non l'exercice d'un droit, et les capitulaires s'attachent à le faire disparaître (3). Il semble toutefois que l'on puisse considérer comme une dégénérescence de ce droit de vente, celui qui est reconnu par les formules au père d'offrir ses enfants à un couvent pour qu'ils embrassent la vie monastique (4). Un acte qui se place entre les années 1032 et 1064, contient

(1) Cpr. Königswarter, *Histoire de l'organisation de la famille en France*, p. 139.

(2) Plus exactement le droit de vie et de mort appartenait au père au moment même de la naissance, mais il était perdu dès que l'enfant avait sucé le lait de sa mère. *Vita Liudgeri*, citée par Richthofen, *Untersuchungen über friesische Rechtsgeschichte*, 2e part., t. I, p. 407.

(3) Voy. notamment l'édit de Pistes de 864, cap. 34, Pertz, *Leges*, I, 497. Déjà la loi des Visigoths avait aussi interdit la vente des enfants, V, 4, 12.

(4) Rozière, form. 559, p. 699.

encore donation de la part d'un père mourant à un monastère, de son fils mineur en qualité de serf (1). D'un autre côté, dans les mœurs, les prohibitions de l'Église et de certaines lois n'ont pas fait disparaître complétement l'usage de vendre les enfants, et un acte du 25 juillet 1440 parle encore d'une vente de ce genre consentie par un père (2).

Il va sans dire que, pendant toute la durée du système des lois personnelles, les Romains du royaume franc continuèrent à être soumis au droit romain pour la puissance paternelle, soit sur la personne, soit sur les biens des enfants. Ainsi les enfants légitimes d'un Romain étaient *alieni juris* et ne possédaient aucun bien; leurs acquisitions profitaient à leur *paterfamilias*.

Au contraire, les enfants d'un Franc, même mineurs, échappaient à cette puissance; ils pouvaient avoir des biens, et tout ce qu'ils acquéraient était pour eux-mêmes. Toutefois, tant que les enfants étaient mineurs *et usque ad perfectam ætatem*, le père, qu'il fût marié, veuf ou remarié, possédait ces biens et exerçait sur eux les droits du propriétaire aux lieu et place de ses enfants. Pour bien comprendre l'étendue de ses droits, il faut remarquer que les Francs ne connaissaient pas la distinction si nette que le droit romain avait établie entre la propriété et l'usufruit. Cette distinction est même encore aujourd'hui ignorée du droit anglais. Il importe aussi de se rappeler que dans les législations primitives, dans la plupart des cas, on ne comprend pas qu'une personne puisse administrer le patrimoine d'autrui sans devenir, pour le moment, propriétaire des biens de ce patrimoine. On peut constater des traces de cet état primitif même dans le droit romain. La loi salique nous apprend aussi que le père a le droit de *judicare*, c'est-à-dire de disposer des biens de ses enfants; il exerce les droits du propriétaire, sauf les restrictions établies par la loi, et ces restrictions sont au nombre de deux : il ne peut ni vendre, ni

(1) Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, n° 156, p. 223.
(2) Voy. le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. VI, p. 169, note.

donner les biens de ses enfants (1). Sauf ces réserves, il a les droits du propriétaire et en particulier la jouissance des biens, notamment de ceux que ses enfants mineurs ont acquis dans la succession de leur mère prédécédée. Toutefois, comme le père est tenu de rendre plus tard ces biens, il y a lieu à un règlement de succession. On a dit que dans ce règlement entre le père et ses enfants mineurs héritiers de la mère, ceux-ci sont représentés par la famille, le père ne pouvant pas être *auctor in rem suam* (2). Mais c'est là une pure conjecture qui ne repose sur aucun texte.

Le père a aussi droit, en vertu du *mundium*, au vergeld de ses enfants. De même, comme nous l'avons vu, il retire certains avantages du mariage de sa fille.

A la mort du père, la garde des enfants de la famille se transmet au plus proche parent mâle de la ligne paternelle. C'est par conséquent le fils aîné, s'il est majeur, qui devient le gardien, le tuteur de ses frères et sœurs ainsi que de sa mère pendant le temps de son veuvage (3). Si tous les enfants sont en bas âge, la garde revient au mâle le plus proche de la ligne paternelle.

Il règne d'ailleurs une grande incertitude sur le caractère et l'organisation de cette ancienne tutelle germanique. La plupart des textes se réfèrent à la tutelle des femmes, mais ils ne disent rien de celle des enfants. Il est bien probable que cette tutelle, établie en faveur du plus proche parent mâle du côté paternel, avait été à l'origine créée au profit de celui qui l'exerçait, de même que la tutelle des agnats chez les Romains. Mais, de bonne heure, l'idée de protection l'emporte et domine (4). Ce plus proche parent, qui prend le *mun-*

(1) *Capita extravagantia*, tit. 8. — Marculfe, liv. II, form. 9, Zeumer, p. 80.

(2) Pardessus, *Loi salique*, p. 682.

(3) *Foramunto*, *muntporo*, *mundoaldus*, *guardianus*, *bajulus*, dans les monuments latins du moyen âge, d'où le français *mainbournie*, *bail*, *baillistre*; le hollandais *momboir*; l'anglais *guardian*; et l'allemand *Vormund*.

(4) Chez les Romains il pouvait y avoir plusieurs tuteurs légitimes à la fois et on a conjecturé qu'il en était de même en Germanie toutes les fois qu'il existait plusieurs parents mâles paternels au même degré. Ce qui est certain, c'est que dans la suite la tutelle fut, en pareil cas, déférée au plus âgé. Cpr. Coutume de Berry, art. 35.

*dium* à la place du père, a-t-il, lui aussi, les avantages que procure cette puissance sur les biens des mineurs? Faut-il lui reconnaître la puissance ou même une sorte de propriété sur ces biens? La question est très délicate à cause du silence des lois barbares sur ce point. Les uns interprètent ce silence dans le sens de la négative. Les autres reconnaissent au plus proche héritier les mêmes droits sur les biens des mineurs qu'au père prédécédé. Si ce droit n'est pas constaté par les monuments législatifs de l'époque barbare, il apparaît toutefois dans la suite et il semble bien qu'il n'ait pas été créé à l'époque féodale, mais plutôt transmis par l'époque barbare. Ainsi dans la loi des Visigoths, la tutelle est à peu près organisée à la romaine et cependant on attribue au tuteur un dixième des revenus des biens appartenant au pupille (1). N'est-ce pas là un souvenir des bénéfices produits par le *mundium*? Dans les coutumes du moyen âge des pays scandinaves, de l'Angleterre, de l'Allemagne, de la France, certains tuteurs, gardiens ou baillistres ont la jouissance de tout ou partie des biens des mineurs (2). De même, d'après un grand nombre de lois, la composition d'un enfant mineur, le prix de vente d'une fille mineure, appartiennent au parent qui exerce le *mundium* (3). Il semble donc bien que le parent investi du *mundium*, exerce les droits du père et on s'explique ainsi que ce titre, parfois très avantageux, se soit transmis de mâle en mâle comme un véritable droit de succession par ordre de parenté. A défaut d'agnats, au degré successible, le *mundium* est acquis au roi, de même que celui-ci aurait eu droit à la succession (4). Lorsque le pouvoir royal s'obscurcit dans le régime féodal, ce *munderbund* du roi passe aux seigneurs (5).

(1) IV, 3, 3.

(2) Gragas d'Islande, I, 192; Loi de Jutland, I, 30. — Paus, *Samling af gramle Novske Love*, II, 137. — Glanvilla, *Tractatus de legibus*, lib. VII, cap. 9, § 3; Coke sur Littleton, sect. 103. — Klimrath, *Études sur les coutumes*, p. 120 et suiv.

(3) Loi des Frisons, tit. IX, § 9; loi des Saxons, tit. VI, § 3; loi des Alamans, tit. LXXX.

(4) Cpr. Marculfe, liv. I, form. 8, Zeumer, p. 47.

(5) Voy. d'Argentré sur l'art. 458 de la Coutume de Bretagne et Dupineau sur l'art. 88 de la Coutume d'Anjou.

Il semble bien que le tuteur germanique jouisse d'un pouvoir à peu près absolu sur son pupille et que trop souvent il en abuse. Comment s'expliquer autrement les nombreuses recommandations de l'Église en faveur des mineurs et les déclarations réitérées des empereurs par lesquelles ils font savoir qu'ils prennent les orphelins sous leur protection particulière (1)? Le tuteur absorbe-t-il l'enfant au point de ne pas même le représenter dans les actes de la vie civile, mais d'agir toujours en son nom personnel? Nous ne possédons de renseignements sur ce point que pour les actes judiciaires.

Le tuteur ne peut pas représenter son mineur en justice et il résulte de là que les tiers sont obligés d'attendre sa majorité pour faire valoir leurs droits. Le roi Luitprand essaye chez les Lombards de remédier à cette situation qui est fort gênante pour les tiers (2). En France, Louis le Débonnaire permet au tuteur de représenter son pupille en justice (3). Mais il ne paraît pas que cette disposition reçoive une application absolue. Dans la suite et jusqu'au XIVe siècle, on n'admet pas qu'un tuteur puisse représenter son pupille dans les actions réelles; aussi lorsqu'un père meurt au cours d'un procès de ce genre, l'affaire reste en suspens jusqu'à la majorité de l'enfant (4).

Pendant que les Francs pratiquent cette tutelle germanique, les Romains restent soumis aux dispositions du droit romain sur cette matière, comme le prouvent les recueils de lois faits à leur usage et aussi certaines formules (5). Une formule de Tours nous fait connaître en résumé l'organisation et le régime de cette tutelle. A défaut de tuteur testamentaire, on s'adresse au *judex provinciæ*, lequel fait désigner un tuteur par le sénat municipal. Ce tuteur doit dresser inventaire avant d'entrer en fonctions; il est tenu de prendre soin de la personne du pupille, de gérer ses biens en bon père de famille et

(1) Voy. à cet égard Kraut, *Die Vormundschaft*, t. I, p. 77 et 80.

(2) Loi de Luitprand, chap. 58 et 75, dans Pertz, *Leges*, IV, 130 et 137. Voy. Schupfer, *La famiglia presso y Longobardi*, Bologne, 1868, p. 87.

(3) Capit. de 829, cap. 4, dans Pertz, *Leges*, I, 353.

(4) Voy. Viollet, *Etablissements de Saint-Louis*, t. II, p. 126 et 127; t. IV, p. 12.

(5) Voy. par exemple Rozière, form. 119; Zeumer, p. 148.

de rendre compte de sa gestion à la fin de la tutelle. Pour prévenir toutes les difficultés, on a soin de dresser un acte en double où se trouvent mentionnés la délation de la tutelle et les engagements de celui qui l'accepte; l'un des doubles reste entre les mains du tuteur; l'autre est confié à un tiers qui le possède pour le compte du pupille (1).

Entre ce *mundium* purement germanique et cette tutelle exclusivement romaine, il s'était formé chez les Burgondes et chez les Visigoths une institution qui tenait à la fois de l'un et de l'autre, mais en général plutôt de la tutelle romaine que du *mundium* germanique. Ainsi les lois des Burgondes et des Visigoths attribuaient à la mère veuve le droit de prendre la tutelle de ses enfants mineurs et de la conserver aussi longtemps qu'elle ne se remariait pas (2). On ne trouve aucune disposition analogue dans la loi salique ni dans les autres lois barbares. Il est probable que la loi des Burgondes et celle des Visigoths en étaient arrivées, sous l'influence du droit romain, à distinguer le *mundium* de la tutelle. Celle-ci pouvait être exercée par la mère veuve non remariée, à la différence du *mundium* qui était réservé aux mâles. Chez les Burgondes et chez les Visigoths, la tutelle de la mère était même vue avec plus de faveur encore que parmi les Romains; elle passait la première et primait celle des parents. Quant à la tutelle testamentaire, les textes de ces lois ne la mentionnent même pas. Chez les Burgondes et chez les Visigoths, le tuteur représentait le mineur en justice (3); il n'avait pas la jouissance des biens du pupille, sauf cependant chez les Visigoths une légère exception : leur loi attribuait, comme on l'a déjà vu, au tuteur un dixième des revenus (4). C'était là un vestige des institutions germaniques; mais tout le reste avait été emprunté aux Romains. Cependant le doute nous paraît possible sur un point. Pendant que la mère exerçait la tutelle, le plus proche parent mâle n'avait-il

(1) Voy. sur ces différents points la formule citée à la note précédente.
(2) Loi des Burgondes, tit. LIX et LXXX. — Loi des Visigoths, IV, 3, 3.
(3) Loi des Burgondes, tit. LXXXV, § 4. — Loi des Visigoths, IV, 3, 3.
(4) Loi des Visigoths, IV, 3, 3. — Loi des Burgondes, tit. LXXXV.

pas déjà, tout au moins à titre purement nominal, le *mundium* du père prédécédé ? La question est importante pour le cas où la mère tutrice serait venue à mourir ou se serait remariée avant la majorité de ses enfants; dans ce cas, le parent paternel mâle le plus proche n'était-il, lui aussi, qu'un simple tuteur, ou bien réunissait-il sur sa tête à son profit la tutelle et le *mundium* ?

Indépendamment de la tutelle, les Romains connaissaient aussi plusieurs curatelles, notamment celle des mineurs de vingt-cinq ans et celles des prodigues et des fous. Il est bien évident que ces institutions persistèrent à l'usage des Romains; la *Lex romana Burgundionum* fait allusion à la curatelle; celle-ci est également mentionnée au IXe siècle dans un document additionnel aux capitulaires (1). Mais dans les lois barbares, il n'est jamais question de curatelle; c'est une institution tout à fait inconnue aux Francs; on ne relève même aucune disposition dans l'intérêt des aliénés.

### § 6. — LA PUISSANCE SUR LES FEMMES.

Les femmes étaient à perpétuité sous le *mundium*. Cette incapacité était une conséquence de leur faiblesse et avait pour objet de les protéger. La fille restait donc indéfiniment sous la puissance de son père, c'est-à-dire jusqu'à son mariage; à ce moment la puissance passait du père au mari. Si le père mourait avant d'avoir marié sa fille, le *mundium* se transmettait au plus proche parent mâle paternel et à défaut de parents, au roi. Toutefois les effets du *mundium* exercé par le plus proche parent sur une fille majeure étaient moins étendus que s'il s'était agi d'une fille mineure. Nous avons vu à propos du mariage que si ce mainbour refusait de marier cette fille majeure, celle-ci pouvait s'adresser au magistrat pour vaincre son refus. De même la fille majeure n'avait pas besoin du consentement de son mainbour pour entrer dans

(1) Papien, XXXVI, 3, 5, Pertz, *Leges*, III, 617, 618. — *Capitular. additio tertia*, 50, Pertz, *Leges*, II, 141. Ce capitulaire est apocryphe, mais il n'en forme pas moins un document d'une haute valeur d'information, comme le dit avec raison M. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 464, note 2.

un couvent (1). Il semble même que s'il y avait lieu à composition, elle était due à la fille majeure elle-même et non à celui qui exerçait le *mundium* sur sa personne (2). C'est toutefois peut-être là une innovation et un progrès sur la législation antérieure.

Lorsque la femme s'unissait par légitime mariage, le mari achetait d'abord réellement, puis fictivement le *mundium* et il l'acquérait d'une manière définitive; à ce point, qu'à sa mort, au lieu de retourner aux parents de la femme, le *mundium* se transmettait par voie de succession aux héritiers du mari. La veuve voulait-elle se remarier, son second mari devait offrir au plus proche parent mâle du premier mari la somme de trois sous et un denier et cette somme appelée *reipus* représentait la valeur du *mundium* que perdaient les héritiers du premier mari (3). Dans la suite, outre le *reipus* payé par le second mari, la veuve qui se remariait devait aussi donner à ces mêmes parents de son premier mari une prestation appelée *achasius* ou *achasium* et qui était du dixième du montant de la dot que cette femme avait reçue de son premier mari. Comme on le voit, cet *achasius*, payé par la veuve, était un droit proportionnel, tandis que le *reipus* payé par le second mari, formait un droit fixe (4).

De ce que les filles et les femmes étaient placées en puissance perpétuelle, il suivait tout naturellement qu'elles ne pouvaient pas exercer le *mundium*. Cependant, on s'en souvient, la loi des Bourguignons et celle des Visigoths attribuaient à la mère veuve la garde de ses enfants mineurs tant qu'elle ne se remariait pas (5). Mais ce n'était pas là une institution d'origine germanique, et cette dérogation au droit commun s'était bien certainement introduite sous l'influence de la législation romaine.

(1) Premier capitulaire de 819, chap. 21, Boretius, 285.

(2) Le même capitulaire de 819, chap. 21, suppose qu'une fille a reçu le voile par violence et décide que la composition est due à cette fille elle-même si elle est *suæ potestatis* ou dans le cas contraire à celui *in cujus potestate fuerit*.

(3) Loi salique, tit. XLVI; loi des Burgondes, tit. LXIX, § 1.

(4) Tit. VII des *Capita extravagantia* de la loi salique.

(5) Loi des Burgondes, tit. LIX et LXXXV; loi des Visigoths, IV, 3, 3.

D'ailleurs malgré cet état d'infériorité, malgré les abus du divorce, de la répudiation et parfois même de la polygamie, les femmes n'en étaient pas moins sérieusement protégées par de nombreuses dispositions contre les brutalités. On n'hésitait pas, par exemple, à prononcer la peine de mort contre celui qui avait enlevé une fille (1). De même nous avons plusieurs fois constaté que celui qui exerçait le *mundium*, qu'il fût père, mari ou parent, ne jouissait pas d'une autorité absolue, mais plutôt d'un pouvoir de protection. Lors même qu'elle était passée sous le *mundium* de son mari, la femme continuait à être protégée par sa famille et l'histoire nous montre par des exemples terribles que cette protection n'était pas un vain mot (2).

Elle nous apprend aussi par de nombreux et parfois même par de tristes exemples que les femmes jouaient souvent un rôle important dans la société; ces faits sont si connus, qu'il est inutile de les rappeler.

Par l'effet du *mundium*, le mari acquérait des droits sur la personne et sur les biens de sa femme; c'est la plus ancienne source de notre puissance maritale. Le mari n'avait certainement pas le droit de vie et de mort sur sa femme. Ce droit existait chez les Gaulois, comme nous l'apprend César et ce même historien semble bien nous dire un peu plus loin qu'il en était autrement chez les Germains, car il relève avec soin

(1) Toutefois, en fait, l'Eglise intervenait souvent en pareil cas ainsi que des laïques puissants et on évitait au coupable du crime de rapt le dernier supplice, à la condition qu'il consentit à épouser la fille ravie et à lui constituer une dot. Rozière, form. 241 et suiv., p. 290.

(2) On lit dans Grégoire de Tours, liv. X, § 22 : « Il s'éleva une grande discorde parmi les Francs de Tournai, parce que le fils de l'un d'entre eux reprenait souvent avec colère le fils d'un autre, qui avait reçu sa sœur en mariage, de ce qu'il laissait sa femme pour des prostituées. Ces reproches ne réussissant pas à faire revenir l'autre de sa mauvaise conduite, ils en vinrent à ce point que le jeune homme se jeta sur son beau-frère et le tua avec l'aide des siens; lui-même fut tué par les gens avec lesquels était venu son adversaire, et des deux troupes il ne resta qu'un seul homme, parce qu'il n'y avait pas eu de main pour le frapper. Les parents des deux côtés s'élevèrent alors les uns contre les autres. Plusieurs fois la reine Frédégonde les pressa de renoncer à leur inimitié et de faire la paix, de peur que, de l'obstination de leurs querelles, n'advinssent de plus grands désordres. Mais ne pouvant les apaiser par des paroles de douceur, elle les réprima avec la hache.

que les mœurs étaient différentes chez les deux peuples (1). Tacite, comme nous l'avons vu, ne parle pas davantage de ce droit exorbitant : il ne permet, on s'en souvient, de sévir contre une femme qu'au cas d'adultère et c'est encore le droit consacré par le capitulaire de 829 (chap. 3).

De même la loi lombarde défend au mari de tuer sa femme; il n'échappe à une peine que s'il avait une juste cause d'excuse : « *Non licet eam (scilicet uxorem) interficere ad suum libitum sed rationabiliter* (2). » Il était déjà très grave de permettre à un mari de tuer impunément sa femme dans certains cas déterminés, peut-être parfois comme représentant d'une sorte de justice domestique. Aussi ne faut-il pas aller plus loin et prétendre, comme l'ont dit certains auteurs, que le mari avait un droit absolu de vie et de mort sur sa femme comme sur ses enfants. Aucun texte du temps ne fait allusion à une prérogative aussi monstrueuse. Il n'est pas davantage parlé du droit de vente que certains auteurs veulent aussi reconnaître au mari. Peut-être a-t-il été exercé, comme tendent à l'établir certains textes relativement récents et même divers usages qui se sont transmis au travers des siècles. Mais il faut bien rendre aux législateurs de l'époque franque cette justice qu'ils ne l'ont jamais consacré par aucun texte (3).

Chez les Romains la femme mariée était, au point de vue de la vie civile, tout à fait indépendante de son mari si le mariage avait eu lieu sans *manus*. *Sui juris* avant son mariage, elle restait telle après, et pouvait passer seule tous les actes de la vie civile, même aliéner les biens de son patrimoine. Dans le cas de mariage avec *manus*, la femme deve-

(1) Cesar, *De bello gallico*, lib. VI, cap. 19 et 21.

(2) *Form. ad edict. Roth.*, 201. Cf. Edit de Rotharis, chap. 200. Voy. aussi la loi des Visigoths, III, 4, 5.

(3) Un acte de la fin du XI[e] ou du commencement du XII[e] siècle, nous montre un homme vendant, à l'église de Cologne, sa femme, ses deux fils, ses trois esclaves et tous ses biens. Lärsch et Schröder, *Urkunden*, *Privatrecht*, t. I, p. 67, n° 87. Mais il ne semble pas que cette femme soit devenue de condition serve contre son gré. On ne peut donc pas dire qu'il s'agisse dans ce texte du droit de vente; il s'agit bien plutôt d'une femme qui devient serve de son consentement et de celui de son mari.

nait *filiæ loco*. Elle perdait toute personnalité et ne pouvait posséder aucun bien. Chez les Francs, on évitait ces deux excès : la personne de la femme n'était jamais supprimée, mais elle n'était pas non plus indépendante et de plus elle suivait la loi de son mari, ce qui avait une grande importance sous le système des lois personnelles (1). La femme pouvait faire les actes de la vie civile, mais elle avait besoin de l'autorisation de son mari, soit pour s'obliger, soit pour aliéner (2). Une charte de 631 nous montre le mari représentant de sa femme dans les contestations où elle était intéressée; c'est un acte de partage où quatre maris signent chacun *pro parte* ou *ad vicem matronæ* ou *conjugis meæ* (3).

Mais il n'est peut-être pas permis de conclure de ce texte d'une manière absolue, comme le fait Pardessus, que le mari était nécessairement le représentant de sa femme en justice. Il y avait en effet des femmes qui prenaient leur mari comme mandataire général et celui-ci représentait alors sa femme, non pas seulement dans les contestations, mais dans tous les actes de la vie civile. Le mandat général était même donné en présence du magistrat et de la curie de la ville et solennellement constaté. Cet usage s'était bien certainement établi sous l'influence du droit romain : on sollicitait du magistrat municipal un mandat général, comme on lui demandait aussi parfois un tuteur lorsqu'on se sentait incapable de gérer sa fortune (4).

La femme franque pouvait posséder une fortune assez considérable provenant de sources très diverses. En premier lieu, elle était capable d'acquérir des biens entre-vifs, mais il lui fallait une autorisation de son mari. En outre, elle héritait de ses parents, sauf des particularités relatives à la *terra salica* et dont nous parlerons à propos des successions. Enfin le mariage procurait à la femme un certain nombre de biens.

(1) Voy. Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, n° 47, p. 55.

(2) Charte de Saint-Gall, de 744, *Diplomata*, 2e éd., II, n° 578, p. 391.

(3) *Diplomata*, 2e éd., t. II, n° 253, p. 9.

(4) Les formules nous apprennent que ces demandes étaient faites par des femmes ou par des vieillards. Rozière, form. 384 et suiv., p. 478.

Nous n'avons toutefois pas à parler, pour le moment, de ces acquisitions qui ont leur cause dans le mariage; elles seront étudiées lorsque nous nous occuperons des rapports qui existent entre la famille et la propriété.

## § 7. — LA SORTIE DE FAMILLE.

Celui qui veut renoncer à sa famille, peut le faire au moyen d'une procédure solennelle dont la loi salique au titre LXIII, *De eo qui de parentilla tollere se voluerit*, nous donne la description suivante :

*Si quis de parentilla tollere se voluerit, in mallo ante tunginum aut centenarium ambulet, et ibi quattuor fustes alninos super caput suum frangat; et illas quattuor partes, in mallo jactare debet, et ibi dicere, ut de juramento et de hæreditate et de tota illorum se ratione tollat.*

Comme on le voit, cette abdication de la parenté était un acte solennel qui s'accomplissait au moyen de formalités symboliques. Celui qui voulait sortir de sa famille se présentait au *mallum* du *tunginus*. Il rompait sur sa tête quatre branches d'aulne ou, d'après quelques manuscrits, de saule, en jetait les morceaux aux quatre coins du lieu de l'assemblée et déclarait qu'il renonçait à tout ce qui crée des droits et des devoirs de famille, *de juramento*, *de hæreditate* et *de tota ratione*. On n'est pas d'accord sur le sens de la renonciation *de juramento*. Pardessus (1) pense qu'il faut l'entendre du serment des cojureurs. Celui qui présentait des cojureurs en justice était admis à les prendre parmi ses parents, comme le prouve le titre VIII de la loi des Burgondes et ceux-ci ne pouvaient pas refuser ce rôle qui était l'accomplissement d'un devoir de famille; la rupture de la parenté relevait tout naturellement de ce devoir. On a objecté à cette interprétation que les cojureurs pouvaient être choisis même en dehors des parents, et on a pensé que la renonciation relative au *juramentum* était un reste du paganisme qui donnait un caractère religieux au lien de la famille. Cette dernière interprétation

(1) *Loi salique*, p. 401, n° 657.

a le tort d'attribuer à ces mots un sens qui ne comporte plus chez les Francs d'application pratique. Sans doute les cojureurs pouvaient être pris en dehors de la famille, mais il semble bien qu'il y ait eu, à ce point de vue, un devoir plus strict entre les parents, comme paraît l'indiquer la loi des Burgondes et alors on s'explique que notre renonciation ait eu pour objet la rupture de ce devoir.

Cette renonciation à la famille était un acte d'une extrême gravité. La sortie de la famille permettait à la vérité d'échapper à toutes les responsabilités collectives qui étaient si nombreuses à cette époque, mais elle produisait aussi contre son auteur des effets très rigoureux. Celui qui rompait avec sa famille n'héritait pas et n'avait pas d'héritier autre que ses descendants; à défaut de descendants, ses biens allaient au fisc, comme aussi sa composition (1). S'il ne possédait pas de terres qui lui fussent propres, il semble qu'il ait dû, en fait, perdre toute espèce de capacité politique, et ait été, dans une certaine mesure, aussi malheureux que l'homme mis hors la loi (2).

Cette procédure de renonciation à la famille paraît être tombée de bonne heure en désuétude. Ce qui est certain, c'est qu'elle est omise dans la loi des Ripuaires. On en découvre cependant encore quelques traces beaucoup plus tard, dans les *Leges Henrici primi* et aussi dans Glanville (3). Elle apparaît également à la même époque dans la prévôté d'Aspre (4). Enfin un texte de la dernière année du XIe siècle nous parle d'une solennité analogue, mais destinée à produire un effet inverse, une sorte d'adoption : celui qui voulait se mettre sous la protection d'une autre personne plaçait sur sa propre tête quatre deniers et se livrait ainsi à son *defensor* (5). Cette

(1) Cpr. Dareste, *L'organisation judiciaire de la loi salique*, dans le *Journal des savants*, p. 586.

(2) On trouve encore plus tard dans Glanville des traces très nettes de cette institution. *Tractatus de legibus*, liv. VII, cap. 3, § 8.

(3) *Leges Henrici primi*, cap. 88, § 13, dans Schmid, *Die Gesetze der Angelsachsen*, p. 268.

(4) Voy. Thonissen, *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique*, 2e éd., p. 228, note 1.

(5) Guérard, *Polyptyque d'Irminon*, II, 370 (année 1099) : « *Ante abbatem nostrum super genua stantes et, ut moris est, positis quatuor denariis, ad eosdem*

solennité, comme on le voit, présente une grande analogie avec celle de la sortie de famille, mais il n'est pas permis d'en conclure que celle-ci devait précéder celle-là déjà à l'époque de la loi salique. Suivant certains auteurs, la procédure de la sortie de famille était le préliminaire nécessaire de certaines adoptions, mais on ne peut citer aucun texte à l'appui de cette doctrine.

Il semble bien que la procédure de la *chrenecruda* ne soit qu'une application spéciale de cette abjuration de la parenté. Cette seconde procédure suppose un débiteur tenu d'une composition à raison d'un meurtre et qui, ne pouvant acquitter sa dette, abandonne tout son patrimoine (1). Le débiteur jure alors qu'il n'a plus rien; douze cojureurs confirment son serment; après quoi il ramasse de la terre aux quatre coins de sa demeure et la jette par dessus son épaule sur ses plus proches parents, le visage tourné vers l'intérieur de sa maison. Par ce symbole il les charge de payer sa dette, puis il franchit la haie, en chemise, les pieds nus, et part un bâton à la main sans regarder derrière lui. Les parents ainsi désignés sont chargés solidairement du paiement de la dette. Cette procédure fut abolie par un édit de Childebert II en 595. Aux termes de cet édit (chap. VI), le meurtrier doit désormais seul payer la composition de son crime et ses parents ne sont plus tenus d'y pourvoir. Malgré cette suppression la procédure de la *chrenecruda* a été insérée dans presque toutes les rédactions de la loi salique, même dans celle de Charlemagne (2).

*super capita singulorum.* » Ces formalités ont aussi une ressemblance manifeste avec celles de l'affranchissement *per denarium*. Voy. à cet égard Fournier, *Essai sur les formes et les effets de l'affranchissement*, p. 101.

(1) Voy. Loi salique, tit LXI, éd. Pardessus, p. 317. Voy. aussi p. 32. Bien que le texte parle seulement des cas de composition due à raison d'un meurtre, certains auteurs appliquent la *chrenecruda* à tout débiteur tenu d'une composition et qui ne peut la payer. D'autres veulent qu'elle concerne même le débiteur insolvable tenu d'une dette quelconque.

(2) Voy. ce que j'ai dit sur ces questions dans la *Grande Encyclopédie* v° *abjuration de parenté*, t. I, p. 94 où l'on trouvera aussi une bibliographie des auteurs. Nous reviendrons sur la *chrenecruda* en nous occupant de la procédure.

### § 8. — DU RÉGIME DES BIENS EN GÉNÉRAL.

Nous avons exposé précédemment et aussi ailleurs comment les Germains comprenaient le régime de la propriété (1). Pour les meubles, qui formaient leur principale richesse, ils admettaient la propriété individuelle et non celle dela famille; aussi pouvait-on les aliéner librement. Quant à la terre, elle était bien certainement commune au temps de César. A l'époque de Tacite, la maison et le clos qui l'entourait appartenaient à la famille; mais les autres terres, cultivées ou non, constituaient de vastes communaux dont les habitants se partageaient la jouissance. Il est facile de comprendre qu'au contact de la civilisation romaine, ce système subit de profonds changements. On constate encore sans doute l'existence de nombreux biens communaux; mais le régime de la propriété s'étend sur les immeubles, soit au profit de la famille, soit même en faveur de l'individu. L'influence du droit romain, auquel demeurent d'ailleurs purement et simplement soumis les vaincus, a été immense sous ce rapport. Mais la notion de la propriété de famille restera très vivace dans les lois barbares, comme nous aurons occasion de le constater souvent, surtout en matière de succession. On constate même de nombreuses traces du système de la propriété collective de la communauté (2). Comment expliquer autrement le droit de succession qui existe dans certaines circonstances, au profit des *vicini*, c'est-à-dire des habitants de la communauté? D'où vient l'interdiction faite à tout étranger de s'établir dans une communauté et d'y prendre des terres sans le consentement de ceux qui en font déjà partie? Il y

(1) Cpr. t. II, p. 58 et *Recherches sur les Germains* dans les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*, t. CXXIV, p. 106 et suiv.

(2) La question du communisme de la terre dans les sociétés primitives a donné lieu récemment à de nombreux écrits; on en trouvera l'énumération dans Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 481. Ajoutez toutefois Fustel de Coulanges, *Recherches sur cette question : Les Germains connaissaient-ils la propriété des terres?* dans ses *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 109. Ce mémoire a donné lieu à l'Académie des sciences morales à une discussion que l'on trouvera dans le tome CXXIV des *Séances et travaux* de cette Académie.

avait même des localités où l'habitant ne pouvait pas vendre sa terre sans le consentement des autres, et si cette rigueur disparut dans la suite, on admit cependant jusqu'en plein moyen âge que, dans le cas de vente d'un bien fonds faite à un étranger sans le consentement des *vicini*, chacun de ces derniers avait le droit de racheter la terre à l'étranger pendant un certain temps (1). En réalité, de la fusion des institutions romaines avec les usages germaniques et aussi de la nouveauté de l'état social créé par l'établissement des Francs, il résulta, pour le régime de la terre, un système tout particulier, souvent très compliqué et qui prépara parfois en partie la période de la féodalité. Aussi cette étude de la propriété foncière chez les Francs offre-t-elle le plus grand intérêt.

Il n'en est pas de même pour la propriété des meubles. Celle-ci, autrefois la plus importante chez les Germains, passe définitivement au second rang, malgré la valeur souvent considérable des trésors accumulés par les princes et les grands seigneurs; la disparition rapide de l'esclavage antique eut aussi pour effet de diminuer, dans une proportion sensible, la richesse mobilière. Les meubles sont en général soumis au régime de la propriété individuelle; ils s'acquièrent et se transmettent simplement et ne comportent pas, dans leur appropriation, ces variétés nombreuses auxquelles sont soumises les terres. D'ailleurs la division des biens en meubles ou immeubles ne s'applique encore qu'aux biens corporels; elle n'a pas pris le développement et l'importance qu'on lui reconnaît dans notre droit actuel, mais cependant la distinction est nettement faite et il ne faut pas s'en étonner. Ne repose-t-elle pas, en effet, sur la nature même des choses?

(1) Ce droit est connu en Allemagne sous les noms de *Näherrecht*, *Gespielde*, *Nachbarrecht*. Voy. Engelmann, *Dissertatio de retractu locali*, Strasbourg, 1776, p. 9 et suiv. — Walch, *Das Näherrecht*, 3e éd., Iéna, 1795. — Mittermaier, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, Regensburg, 1843, t. XXII, p. 33 et suiv. — Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 531. — Phillips, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1846, t. I, p. 517.—Voyez aussi un article de Lewis, v° *Näherrecht*, dans le *Rechtslexicon* d'Holtzendorff, où se trouvent indiqués les articles de revue parus en Allemagne sur ce sujet.

Sous plus d'un rapport la loi diffère même déjà selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles (1). Ces différences tiennent souvent à ce que l'on admet pour les immeubles la notion de la propriété de famille, tandis qu'on préfère pour les meubles celle de la propriété individuelle. Ainsi les lois de succession sont très souvent différentes suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles; la division, par exemple, de la terre en salique (*aviatica*) ou non, est, comme ces termes mêmes l'indiquent, absolument étrangère aux meubles, et nous verrons aussi que les meubles répondent seuls des dettes à l'exclusion des immeubles (2).

On relève dans l'Empire franc trois espèces de terres : les terres publiques, dans lesquelles rentre le domaine de la couronne, les terres communes, les terres privées. Ces dernières appartiennent aux Romains ou aux Barbares; les uns et les autres ont d'ailleurs la propriété et cette propriété est franche de toute redevance foncière. Certaines terres sont toutefois particulièrement privilégiées : ce sont celles qui ont obtenu le bénéfice de l'immunité. Quant aux tenures proprement dites, elles sont de plusieurs natures : d'abord le précaire et le bénéfice; ensuite les tenures des colons et celles des lites; enfin les tenures serviles. Il est inutile d'ajouter qu'on peut aussi détenir une terre en qualité de locataire ou de fermier dans le sens actuel de ce mot.

Mais cette simple indication suffit pour montrer dès le début que, déjà dans les premiers temps de la domination franque, le régime de la terre était très compliqué. Cela tient à ce que les nouveaux venus respectèrent en général le système organisé par les Romains. Ils introduisirent en outre celui qui résultait de leurs coutumes, et enfin les circonstances nouvelles de la vie publique ou privée provoquèrent la naissance d'institutions qui n'existaient pas auparavant. Aussi, pour chaque espèce ou tenure de terre doit-on se

(1) La division des biens en meubles ou immeubles est nettement faite dans certains textes. Voy. par exemple la formule 125 de partage de Rozière; c'est la 55e formule d'Anjou, Zeumer, p. 24.

(2) Ce fait a persisté en France et en Allemagne en plein moyen âge.

demander si son régime est d'origine romaine ou si elle dérive des usages germaniques, ou enfin si elle est de formation nouvelle?

## § 9. — LES TERRES DU ROI.

On sait quel était le régime de la propriété en Gaule au moment de l'invasion des Francs. Il y avait des terres publiques de l'État, des terres privées provinciales, des terres jouissant de la propriété quiritaire, des bénéfices militaires créés pour la défense de l'Empire, des terres concédées à des colons qui y étaient attachés à perpétuité. Les terres publiques et même celles des particuliers faisaient souvent l'objet de baux perpétuels (1). A défaut de ces baux à longue durée, l'État louait volontiers ses biens pour la durée de cinq ans, et à condition de retrait pour le cas où le *vectigal* ne serait pas exactement payé (2). L'Église continua à observer ces usages. Sans doute, sous plus d'un rapport, la propriété romaine fut modifiée : la distinction des *res* en *mancipi* ou *nec mancipi* dut disparaître ; il faut en dire autant de celle des immeubles en provinciaux ou italiques. Mais pour tout ce qui touche à la culture du sol, on s'attacha très souvent à respecter les pratiques des Romains. Ainsi les colons subsistèrent après la conquête, tels qu'ils avaient vécu auparavant, tout au plus changèrent-ils parfois de maîtres. Les bénéfices militaires perdirent tout naturellement ce caractère du moment qu'il n'y eut plus d'Empire romain à défendre; mais on ne sait pas bien exactement ce que devinrent les *gentiles* et les *læti* détenteurs de ces terres, s'ils furent purement et simplement confondus avec les Barbares nouveaux venus, ou si ces derniers les maintinrent dans un assujettissement partiel. Quant aux terres publiques du fisc, elles avaient jusqu'alors appartenu à l'Empereur; elles pas-

(1) Voy. à cet égard Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*.

(2) L. 3, § 6, *De jure fisci*, 49, 14. — L. 1, pr., *Si ager vectigalis*, 6, 3. — L. 31, *De pignoribus et hypothecis*, 20, 1. — Ces locations avaient été à l'origine faites pour cinq ans, précisément parce qu'elles étaient consenties par le censeur à chaque lustre; lorsque cette magistrature tomba en désuétude, l'usage se maintint tout naturellement de limiter les baux à cette durée.

sèrent par la force même des choses dans les mains des rois barbares et constituèrent la partie la plus importante de leurs immenses domaines. Les biens confisqués et les successions en déshérence contribuèrent aussi à entretenir ce domaine; mais souvent les princes l'appauvrirent par des concessions nombreuses, surtout au profit de l'Église et des monastères. Il n'existe pas, à vrai dire, de texte qui consacre expressément cette acquisition des biens du fisc impérial par les rois barbares. Mais à qui ces biens auraient-ils pu être attribués, sinon au roi? Une donation de Clovis à Euspice, en 510, et d'autres de 428 et 558, mentionnent le fisc royal dans diverses parties de la Gaule, et l'auteur anonyme de la vie de saint Babolein nous apprend que Saint-Maur-des-Fossés appartenait au fisc, avant comme après la conquête (1). Les colons et les emphytéotes du domaine public ne changèrent pas d'ailleurs de condition : ils durent seulement payer, à l'avenir, leurs redevances, soit à la couronne, soit aux concessionnaires auxquels avaient été cédées les terres sur lesquelles ils étaient établis, par exemple à une Église, à un leude (2).

Sous la monarchie franque, on ne séparait pas le domaine de l'État de celui du roi. Tout ce qui appartenait à l'État était la propriété privée du roi qui en disposait librement (3). Le roi possédait aussi le fisc à titre de propriété privée et les levées d'impôts entraient dans son trésor particulier. Les chroniqueurs nous montrent l'importance qu'on attachait à cette époque au trésor. Tout grand du royaume possédait le sien (4). Parfois ce trésor constituait une importante richesse; aussi s'efforçait-on de le mettre en sûreté. Le trésor du roi, sans cesse accru par les impôts, les amendes, les confiscations, ne tarda pas à devenir considérable. Au contraire, le

(1) *Diplomata*, I, n° 87, 111 et 162, p. 57, 75, 115. — *Recueil des historiens des Gaules et de la France*, t. III, p. 565.

(2) *Vita sancti Remigii*, dans le *Recueil des historiens des Gaules et de la France*, t. III, p. 377.

(3) Voy. à cet égard Gierke, *Genossenschaftrecht*, t. I, p. 115 et suiv.

(4) Voy. par exemple Grégoire de Tours, liv. VI, § 24 et 26; liv. VII, § 38 et 40; liv. VIII, § 3 et 45; liv. X, § 21.

domaine du roi diminua souvent, comme on l'a dit, par l'effet des nombreuses concessions que les princes firent à des grands et surtout à des églises ou à des monastères; mais il n'en resta pas moins toujours fort important.

Le domaine royal était composé sous le règne de Clovis de toutes les terres appartenant au fisc impérial qui n'avaient pas été distribuées à des particuliers. Bientôt il s'accrut des propriétés restées sans maîtres, des terres confisquées et aussi de celles qui étaient prises sur d'autres peuples barbares. Grâce à ces circonstances, le domaine royal resta toujours considérable, malgré les aliénations qu'il subissait, d'autant plus qu'il n'avait pas tardé à s'étendre dans toutes les parties de la Gaule. A ces époques de troubles, les biens sans maîtres étaient beaucoup plus fréquents qu'aujourd'hui. Quant aux confiscations elles étaient souvent légales; on sait que dans de nombreux cas la loi prononçait cette peine et que, si un individu était mis hors la loi, ses biens étaient acquis au roi (1). L'exploitation des mines appartenait aux propriétaires du sol; les rois n'avaient de droit que sur celles qui, avant la conquête, étaient déjà exploitées au profit du fisc impérial (2). Les forêts, les grands pâturages, les terres incultes, appartenaient souvent au roi. Celui-ci conférait des droits d'usage aux abbayes ou aux groupes d'habitants du voisinage moyennant le paiement de certaines redevances appelées *agraria* ou *pascuaria*. Enfin venaient les domaines exploités.

Quant aux biens proprement dits du domaine royal, ils s'appelaient *agri fiscales*, *villæ fiscales*, *fisci dominici* (3). Ces domaines des rois francs comprenaient chacun une *villa* qui servait de demeure au prince, et on sait que les rois de la première race préférèrent ces *villæ* à leurs palais des cités à cause de leur amour pour la chasse. D'ailleurs,

(1) Voy. par exemple loi des Ripuaires, tit. LXIX, § 1 et 2.
(2) *Gesta Dagoberti*, I, § 40.
(3) Grégoire de Tours, liv. VI, § 32 et 45. — *Diplomata*, I, n° 111, p. 75 à 77; II, n° 357, p. 142. — Rozière, form. 80; Marculfe, liv. II, form. 52, Zeumer, p. 106.

tout autour de la demeure du roi, chaque *villa* comprenait un nombre considérable d'habitations qui en faisaient une sorte de ville. C'étaient d'abord les demeures des officiers attachés au service du roi; puis des fabriques destinées à pourvoir à tous les besoins de la vie : manufactures d'armes, orfèvreries, ateliers de tissage ou de broderie pour les femmes, etc.; enfin venaient des bâtiments d'exploitation destinés à l'agriculture et les nombreuses cabanes des tenanciers, colons, lites, serfs, chargés de la culture de la terre (1).

A l'origine, il y avait eu, dans chaque résidence royale (*domus regiæ*, *palatii*) un chef spécial, le *major*, *princeps*, *rector*, *præfectus*, chargé de la garde du trésor; il veillait aussi à ce que la protection royale s'étendît à tous ceux qui y avaient droit (2). Mais des rivalités sans fin s'élevèrent entre ces agents et, pour y couper court, on s'arrêta au parti de n'établir qu'un maire dans chaque royaume. Quant aux domaines du roi, ils furent, de très bonne heure, spécialement confiés à l'administration des *domestici* et des agents inférieurs qui leur étaient subordonnés.

Il ne semble pas que cette organisation des domaines royaux ait été modifiée sous les Carolingiens. Charlemagne habitait volontiers des demeures qui ressemblaient singulièrement aux métairies mérovingiennes; il aimait séjourner dans ses villas les plus importantes et en même temps les plus rapprochées des frontières où la guerre était menaçante (3).

Mais Charlemagne a apporté à l'organisation de ses domaines le même soin qu'à l'administration de l'Empire, et il leur a consacré un capitulaire spécial qui entre dans les plus minutieux détails pour la gestion des *villæ* impériales (4).

(1) Voy. la description intéressante d'une *villa* royale dans Augustin Thierry, *Récits des temps mérovingiens*, édition in-8° de 1858, p. 107.

(2) Rozière, form. 9.

(3) On trouvera une liste complète des localités signalées par les chroniqueurs comme ayant servi de séjour à Charlemagne dans Vétault, *Charlemagne*, p. 368, note.

(4) Capit. *De villis*, dans Boretius, p. 82 et suiv. On n'est pas d'accord sur la date de ce capitulaire. Pertz suit l'opinion d'Eccard qui lui donne l'année

Toutes les différentes parties d'une *villa* sont successivement passées en revue, et pour chacune d'elles l'Empereur donne des instructions très précises sur leur administration propre. S'agit-il de terres labourées, le capitulaire détermine les semences qu'on devra y jeter, le mode de culture à employer, la manière de faire la moisson, etc.; on devra se procurer les semences de meilleure qualité, cultiver les champs avec le plus grand soin; le capitulaire recommande même au *judex*, c'est-à-dire à l'administrateur de la *villa*, de veiller à ce que les méchants et les sorciers ne jettent pas des sorts ni des maléfices sur les récoltes (1). On retrouve les mêmes préoccupations, les mêmes détails pour la culture de la vigne et les vendanges (2). Il est même question de la meilleure manière d'obtenir du bon miel des abeilles, du beurre avec le lait, de la farine avec le grain. L'élevage du bétail fait également l'objet de dispositions très variées : il y aura des bœufs, des vaches, des moutons, des porcs, on en détermine même le nombre; des dispositions spéciales sont consacrées aux haras; la volaille du poulailler elle-même n'est pas oubliée, pas plus que les œufs qu'elle peut procurer. Il y aura aussi des oiseaux plus ou moins rares, des paons, des faisans, des colombes, des tourterelles, *pro dignitatis causa* (3). Quant aux jardins, ils devront être pourvus de nombreuses espèces d'arbres, de plantes et de fleurs dont le chapitre 10 du capitulaire donne une interminable énumération. On trouve aussi dans cette loi l'indication de tous les bâtiments que peut comprendre une *villa* et un véritable inventaire de tous les meubles ou ustensiles qui doivent les garnir (4). Les étangs et les forêts ne sont pas non plus oubliés; les forêts surtout sont l'objet de la sollicitude de Charlemagne (5). La

812 pour date; mais Boretius le croit plus ancien et lui assigne l'année 800 ou même une année antérieure.

(1) Capit. *De villis*, cap. 4, 37, 51, etc.

(2) Voy. par exemple le capit. *De villis*, cap. 8.

(3) Capit. *De villis, passim*. Voy. notamment le cap. 40.

(4) Capit. *De villis*, cap. 40 et 44.

(5) Capit. *De villis*, cap. 36. « *Ut silvæ vel forestes nostræ bene sint custoditæ; et ubi locus fuerit ad stirpandum, stirpare faciant et campos de silva*

chasse était en effet une des occupations favorites de l'époque. Aussi le roi ne s'en rapportait pas, sous ce rapport, à l'administration du *judex* de la *villa* et il voulait que celui-ci reconnût autorité à tout le personnel des chasses de la cour (1). Il paraît bien que l'Empereur se réservait d'une manière absolue le droit de chasse; il ne permettait de tuer que les loups qui sont des animaux nuisibles; on pouvait les détruire en tout temps, mais leurs pelisses devaient être envoyées au roi. Au mois de mai il fallait même poursuivre les louveteaux et les détruire par le poison ou en lançant des chiens contre eux ou encore en leur tendant des pièges (2).

Le *judex* placé à la tête de chaque *villa*, véritable intendant général, réunissait sur sa tête les fonctions d'administrateur, de comptable et de juge. Il avait nécessairement sous ses ordres un certain nombre d'employés subalternes dont ne parle d'ailleurs pas le capitulaire. Il n'y est pas davantage question des tenanciers qui cultivaient les terres de la *villa;* on peut conclure de ce silence qu'ils étaient soumis à la condition ordinaire des cultivateurs libres, demi-libres ou serfs. Mais le capitulaire énumère avec soin tous les artisans et ouvriers qui devaient se trouver dans la *villa* pour en assurer la bonne administration (3).

Comme administrateur, le *judex* jouissait de pouvoirs à peu près absolus vis-à-vis des employés et tenanciers de la

*increscere non permittant; et ubi silvæ debent esse, non eas permittant nimis capulare atque damnare: et feramina nostra intra forestes bene custodiant; similiter acceptores et spervarios ad nostrum profectum prævideant; et censa nostra exinde diligenter exactent. Et judices, si eorum porcos ad saginandum in silvam nostram miserint vel majores nostri aut homines eorum, ipsi primi illam decimam donent ad exemplum bonum proferendum qualiter in postmodum ceteri homines illorum decimam pleniter persolvent.*

(1) Capit. *De villis*, cap. 47.

(2) Capit. *De villis*, cap. 69.

(3) Capit. *De villis*, cap. 45. « *Ut unusquisque judex in suo ministerio bonos habeat artifices, id est fabros, ferrarios et aurifices vel argentarios, sutores, tornatores, carpentarios, scutarios, piscatores, aucipites, id est aucellatores, saponarios, siceratores, id est qui cervisam vel pomatium sive piratium vel aliud quodcumque liquamen ad bibendum aptum fuerit facere sciant, pistores, qui similam ad opus nostrum faciant, retiatores qui retia facere bene sciant, tam ad venandum quam ad piscendum sive ad aves capiendum, necnon et reliquos ministeriales quod ad numerandum longum est.* »

*villa*, mais il devait d'ailleurs les traiter avec bienveillance. Il relevait directement du roi (1). Cependant, comme il était certaines affaires pour lesquelles les femmes avaient une compétence spéciale, le roi, tout au moins dans divers cas, partageait son autorité avec la reine et celle-ci avait alors le droit de donner des ordres au *judex* (2). Il était interdit à ce *judex* de s'attribuer des droits sur les personnes, les biens ou les revenus de la *villa*, si ce n'est sous les conditions déterminées par le capitulaire (3). Il devait donner le dixième de tous les produits aux églises établies sur le territoire de la *villa*, mais il lui était interdit de faire profiter de la dîme les autres églises, c'est-à-dire celles qui ne se trouvaient pas *in fiscis*, à moins d'un usage contraire ancien (4).

Comme comptable, le *judex* était tenu chaque année, à l'époque de la Nativité, d'envoyer au roi un état très détaillé des produits et des dépenses; il faisait connaître ce qu'il avait perçu, ce qu'il avait réservé, ce qu'il avait vendu (5).

Enfin le *judex* devait la justice à tous ceux qui habitaient dans la *villa*, libres ou esclaves. Il jugeait les affaires civiles et les affaires criminelles. Le capitulaire lui recommande de rendre une pleine et entière justice. D'ailleurs il ne statuait, même sur les causes des serfs, qu'à charge d'appel au roi (6).

### § 10. — LES TERRES COMMUNES.

A côté des terres du domaine public ou de la couronne et des propriétés privées, il existait aussi chez les Barbares des

(1) Capit *De villis*, cap. 1 et 2.

(2) Capit. *De villis*, cap. 16, 27, 47, 58.

(3) Capit. *De villis*, cap. 3. « *Ut non præsumant judices nostram familiam in eorum servitium ponere, non corvadas, non materia cedere nec aliud opus sibi facere cogant, et neque ulla dona ab ipsis accipiant, non caballum, non bovem, non vaccam, non porcum, non berbicem, non porcellum, non agnellum nec aliam causam, nisi buticulas et ortum, poma, pullos et ova.* »

(4) Capit. *De villis*, cap. 6. — Quant à ces églises établies *in fiscis*, il était ordonné au *judex* de les donner seulement à des clercs du roi, « *de familia aut de capella nostra.* » *Ibid.*

(5) Capit. *De villis*, cap. 62.

(6) Capit. *De villis*, cap. 52, 56, 57. Quant au pouvoir de répression du judex de la *villa*, il est nettement déterminé par le cap. 4 de notre capitulaire.

terres communes; elles appartenaient par indivis aux membres de la communauté ou, comme on a dit, de la mark. Cette communauté agraire partielle était beaucoup plus fréquente en Allemagne qu'en Gaule et elle a laissé chez nos voisins de très profondes racines.

Telle est du moins la doctrine généralement reçue, mais elle a été, dans ces derniers temps, vivement attaquée par M. Fustel de Coulanges (1). Cet éminent historien formule d'abord ainsi l'opinion qu'il combat : la marche ou terre commune existait à l'origine de la Germanie. C'est même dans ce vieux âge qu'elle avait le plus d'étendue et la marche que l'on retrouve au XII^e siècle n'est qu'un reste de cette vaste communauté. Les textes du XII^e siècle et des époques suivantes montrent que la mark est une terre indivise entre les habitants d'un village; or ce mot mark est très vieux dans la langue germanique; donc la division de la mark est infiniment ancienne.

Après avoir ainsi résumé l'opinion généralement reçue, M. Fustel de Coulanges essaie de la combattre par le procédé suivant. Il conteste d'abord que le mot *mark* soit ancien : il ne se rencontre ni dans Tacite ni dans César; on n'y relève même aucun mot latin se rapprochant de ce terme. Sans doute un certain nombre de textes de l'époque barbare emploient le mot *marca*, notamment la loi des Alamans, celle des Bavarois, mais dans ces textes le mot *marca* signifie simplement limite d'un territoire, frontière d'un pays. Tel est, en effet, le sens ordinaire de ce mot, et c'est encore avec ce sens qu'on le rencontre aux VIII^e et IX^e siècles. Bientôt cependant la *marca* désigne aussi le pays frontière; puis enfin la terre privée, située à la limite d'un domaine; mais il s'agit d'ailleurs là de la terre d'un particulier et non d'une terre commune. Cette *marca* ou *villa* contient des terres cultivées et non pas seulement des terres incultes; elle ne se partage pas périodiquement et on en hérite comme de tout autre bien. Il existe, sans doute, des terres communes, mais on les

(1) Dans ses *Recherches sur quelques problèmes d'histoire.*

appelle *communia :* ce sont des terres incultes ou tout au moins d'une culture difficile et que, pour ce motif, on n'a pas distribuées entre les tenanciers du domaine. Souvent aussi un propriétaire confère à ses tenanciers ou à quelques-uns d'entre eux des droits de pacage, de pâturage, de glanage ou autres de même nature sur des forêts, des prairies. Ces droits apparaissent surtout au XII[e] siècle, sous le nom de *almende*, mais ces prétendus communaux sont de simples droits d'usage sur une terre privée qui n'impliquent aucune propriété antérieure au profit du village. D'autres fois aussi, ce mot désigne une forêt possédée en commun par quelques copropriétaires (1).

Tout le système de M. Fustel, comme on le voit, repose donc sur un mot. Les érudits ont appelé *marca* un certain régime de communauté agraire qui aurait existé dès les temps de la Germanie de Tacite. Cependant ce mot *marca* ne se présente avec l'idée de communauté qu'au XII[e] siècle et encore d'une manière très restreinte; donc cette communauté agraire n'a pas existé auparavant. Cette interprétation est fort contestable. Le savant auteur prétend que le mot *marca* signifie à l'époque barbare frontière, limite de pays, et non pas communauté. A notre avis ce mot exprime souvent les deux choses à la fois. La frontière est précisément à cette époque, entre peuples barbares (2), non pas comme aujourd'hui une ligne précise de démarcation entre deux territoires, mais une certaine étendue de terrain plus ou moins vaste qui sépare deux pays, et ce terrain est considéré comme chose commune entre eux (3). C'est ainsi que le mot *marca*

(1) Voici comment M. Fustel de Coulanges résume lui-même sa doctrine : « Depuis le V[e] siècle jusqu'au XII[e], la marche est souvent mentionnée. Mais cette *marca* était d'abord une simple limite entre deux domaines. Elle a été ensuite un domaine entier. Elle a été enfin une forêt possédée en commun par quelques copropriétaires ou laissée à l'usage commun des tenanciers par la concession du propriétaire unique. Nous n'avons jamais vu qu'elle fût une terre sans propriétaire, une terre de tous. »

(2) Les Romains, au contraire, établissaient des frontières très nettes.

(3) On relève une idée analogue chez les jurisconsultes romains. Dans l'action *finium regundorum,* toutes les fois qu'il est impossible de retrouver les anciennes limites, on considère comme commune l'étendue du terrain pour

signifie sans doute frontière, mais en même temps et aussi terre commune et, de plus, la frontière s'appelle *marca* précisément parce qu'elle est considérée comme terre commune (1).

Mais, même en admettant que le mot *marca* ne concerne jamais à cette époque une terre commune, est-ce une raison suffisante pour en conclure qu'aucune terre n'aurait été possédée en commun? On ne peut contester l'existence de la *marca* comme terre commune à partir du XII[e] siècle et alors on est obligé de reconnaître, avec le système de M. Fustel de Coulanges, que sur certaines parties du territoire la communauté des terres a remplacé la propriété individuelle. Tout au moins serait-il indispensable de montrer par suite de quelles circonstances extraordinaires s'est réalisé ce phénomène pour ainsi dire unique dans l'histoire.

Sans doute le mot *marca* ne se rencontre pas dans la loi salique, ni dans celle des Visigoths, ni dans celle des Lombards, ni dans celle des Thuringiens, ni dans celle des Frisons, ni dans celle des Saxons. Mais qu'importe si de nombreux textes nous parlent de la communauté de certaines terres? De ce que la *marca* est indiquée parfois comme terre cultivée soumise à la jouissance d'un individu, susceptible de transmission par succession, il n'est pas permis de conclure que cette terre échappe à toute communauté. La propriété peut affecter les formes les plus diverses et se combiner même avec un communisme partiel; c'est ce qu'on a trop souvent le tort d'oublier. La *marca* porte parfois sur des terres incultes, des forêts, des pâturages qui restent communs entre tous les habitants d'une contrée. Mais parfois aussi elle a pour objet des terres cultivées et même habitées et alors elle s'établit au-dessus d'une propriété individuelle qu'elle domine. Les habitants de la *marca* sont propriétaires

lequel les limites sont indécises. Voy. L. 2, § 1, *Finium regundorum* 10, 2 et l'interprétation que donne Vangerow de cette loi, *Lehrbuch der Pandekten*, III, § 658.

(1) Voy. par exemple la chronique de Marius, dans Bouquet, II, 19. — Loi des Ripuaires, tit. LX, § 5. — Loi des Alamans, tit. XLVII.

de leurs lots; ils en ont la jouissance, ils en prennent les fruits, ils peuvent les aliéner, ils les transmettent même par succession; mais tous ces droits comportent des restrictions au profit de la communauté qui existe entre eux. Ils sont à la fois soumis à la propriété individuelle pour les lots qui leur sont propres et à la communauté pour l'ensemble du territoire. Telle est du moins la situation qui résulte de nombreux textes, car si le mot *marca* ne se trouve pas dans la plupart des lois barbares, la chose ne s'y rencontre pas moins à chaque instant. Mais les *leges* ont le soin de ne pas réglementer la *marca* et ce point est digne de remarque. Il y avait tout naturellement entre les *vicini* des usages locaux; c'est pour les respecter que les lois barbares n'organisent pas la *marca* d'une manière uniforme. Voilà comment peut s'expliquer leur silence partiel. Mais si la *marca* n'est pas organisée dans les *leges*, elle n'y existe pas moins et à défaut de dispositions formant un tout complet, nous rencontrerons cependant des mesures partielles qui s'y réfèrent. Comment pourrait-il en être autrement, alors qu'avant les invasions les Germains pratiquaient très largement le système de la communauté des terres? Ils n'y ont pas purement et simplement renoncé au contact de la civilisation romaine. Mais la propriété individuelle s'est incontestablement maintenue et même développée auprès de la *marca*. C'est ce que nous constatons sans peine chez tous les peuples barbares (1).

La *marca* porte assez ordinairement sur des bois, des pâturages, des terres incultes, mais quelquefois même des terres labourables sont exploitées et mises en commun (2). Les lois barbares contiennent un certain nombre de prescriptions sur les droits de chacun dans les bois et pâturages

(1) Notamment chez les Anglo-Saxons, mais en ce qui les concerne nous nous bornerons à renvoyer à ce que nous avons dit dans notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I. — On ne peut toutefois pas contester que certains auteurs ont exagéré l'importance de la *marca* et l'ont parfois vue là où elle n'existait pas.

(2) Loi des Burgondes, tit. I et XXXI. — Loi des Ripuaires, tit. LXXXVI. — Loi des Visigoths, VIII, 5, 2 et 5; 10, 9. — Rozière, form. 137 et 339. — Diplômes dans Eccard, p. 863, 883, 886, 889, 891.

de cette nature (1). Il est certain que le régime de l'exploitation par lots individuels s'est singulièrement développé aux dépens de la culture en commun. Les textes de l'époque carolingienne ne parlent, pour ainsi dire, jamais de partages périodiques (2). L'influence romaine est ici manifeste. On donna à chacun le droit de se clore; le système de bornage des *agrimensores* romains se répandit partout et des peines sévères furent prononcées contre ceux qui se permettraient de violer les clôtures (3). La loi des Bavarois reconnut expressément le droit de convertir certaines terres communes en propriétés privées à la condition de s'y clore et de les cultiver (4). Mais, même dans les localités où se produisit ce changement, les différents habitants de la marche ne devinrent pas absolument indépendants les uns des autres. Ils continuèrent à s'appeler *vicini*, *vicinales*, *convicini*, *vicini pagenses*, *pares*, etc., et furent liés entre eux par certains devoirs qui résultaient d'une propriété supérieure.

De nombreuses traces de l'ancienne communauté germanique se maintinrent entre les habitants de la même marche. Les *vicini* répondaient des crimes commis sur le territoire de la mark ou dont l'auteur s'y était réfugié et, si on ne le découvrait pas, ils devaient payer la composition à sa place (5). Certaines lois reconnaissent l'existence d'une justice spéciale chargée de juger diverses contestations entre les *vicini;* notamment les procès relatifs aux partages, aux bornages et aux clôtures, ceux qui concernaient les jouis-

(1) Loi des Burgondes, tit. XIII, XXXI, LIV, 2. — Loi des Visigoths, VIII, 5, 2; X, 1, 8 et 9.

(2) Voy. cependant un diplôme de 815 dans Neugart, I, n° 182.

(3) Sur l'influence des *agrimensores* romains à l'époque des invasions, voy. ce que dit Giraud dans son *Histoire du droit français au moyen âge*, t. I, p. 256. — Cpr. aussi loi salique amendée, tit. X, § 9; tit. XXIX, § 26.—Loi des Visigoths, III, 5, 5. — Loi des Burgondes, tit. XXVII et LV. — Loi des Bavarois, tit. XII.

(4) Tit. XVIII, § 1 et 2.

(5) *Capita extravagantia legis salicæ*, IX, éd. Pardessus, p. 332. — Capit. de Clovis, 500, c. 9, dans Pertz, *Leges*, II, p. 4. — Décret de Childebert de 596, c. 5, 11 et 12, dans Pertz, *Leges*, I, p. 10; Boretius, p. 15. — Décret de Clotaire, II, 615, c. 9, dans Pertz, *Leges*, I, p. 11; Boretius, p. 5.

sances communes, les délits contre la propriété, etc. (1). La mark avait encore sa coutume qu'on appliquait dans ces contestations (2). Les juges et les cojureurs étaient nécessairement pris parmi les *vicini* (3). Fort souvent le roi envoyait des commissaires, *missi dominici*, lesquels instruisaient et jugeaient l'affaire avec un certain nombre de notables (4). Ces difficultés étaient de natures très diverses; tantôt il s'agissait de déterminer l'étendue des droits d'usage, d'autres fois de fixer les limites de la *marca*. Ces procès pouvaient naître entre habitants d'une même communauté ou vis-à-vis des membres d'une communauté voisine, ou encore entre les habitants d'un village et un puissant voisin, comme par exemple un monastère.

C'est précisément parce que toutes ces contestations étaient jugées par les coutumes locales que les rédacteurs des *leges* se sont fort peu occupés de la *marca*; ils ont voulu respecter les usages particuliers des *vicini*.

Lorsqu'il s'agissait de droits d'usage sur les *communia*, leur étendue était en général déterminée d'après l'importance du manse ou parfois de la terre propre à celui qui les invoquait (5). Ces droits d'usage sur les *communia* pouvaient d'ailleurs être aliénés et par exemple compris dans une constitution de douaire (6).

Il y avait, en effet, à notre avis, dans chaque *marca* et entre les *vicini*, avons-nous dit, deux sortes de terres : les unes étaient l'objet d'une propriété privée; mais il existait au profit de la communauté une propriété supérieure, une

(1) Loi des Bavarois, tit. IX; tit. XII, § 3 et 4. — Loi des Visigoths, X, 1, 8; X, 3, 4, 3 et 5. — *Lex salica emendata*, tit. X, § 11.

(2) Lois de Rotharis, chap. 351.

(3) Loi des Burgondes, tit. XLIX, § 3. — Loi des Bavarois, tit. XVII. — Capit. de 797, cap. 3, dans Pertz, *Leges*, I, p. 76.— Rozière, form. 409; Sens, 38, dans Zeumer, p. 202. Cf. Thévenin, *op. cit.*, n° 43 et 44, p. 51.

(4) Voy. par exemple Thévenin, *op. cit.*, n°s 43 et 44, p. 51.

(5) Loi des Bourguignons, LXVII, et loi romaine des Bourguignons, XVII, 4. Cpr. Inama-Sternegg, *Ausbildung der Grundherrschaften in Deutschland*, Leipsig, 1878, p. 16 et 46. — Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, p. 247, note.

(6) Thévenin, *op. cit.*, n°s 70 et 111.

sorte de domaine direct qui gênait et limitait la propriété individuelle; en second lieu, il existait, entre les *vicini*, des terres vraiment et directement communes (1).

Nous rencontrons dans les lois barbares un certain nombre de dispositions qu'il est absolument impossible d'expliquer d'une manière satisfaisante, si l'on n'admet pas l'idée d'une propriété supérieure au profit de la communauté. Ainsi aucun habitant n'avait le droit exclusif de chasse ou de pêche; la vaine pâture s'exerçait sur les champs même clos après la moisson et les vendanges (2). Mais les deux textes les plus importants sur cette question sont sans contredit le célèbre titre XLV de la loi salique, *De migrantibus* (3), et un édit de Chilpéric en matière de succession (4).

Le titre *De migrantibus* a été très diversement compris dans ses détails; mais on admet en général qu'il suppose le cas où un étranger, *homo migrans*, veut s'établir dans la marche, et il a besoin, à cet effet, du consentement de tous les habitants; l'opposition d'un seul suffit pour l'obliger à se retirer, au risque d'encourir une amende. D'ailleurs, le consentement des *vicini* peut être tacite et il résulte d'une jouissance paisible pendant un an. Comment expliquer ce texte et ce droit d'opposition des *vicini*, si ce n'est en disant qu'il existe, au profit de la communauté, un droit de propriété supérieure? M. Fustel de Coulanges a bien compris l'importance de cette disposition et il a proposé pour notre titre *De migrantibus* une explication toute nouvelle. On peut la résumer ainsi (5) : une personne veut changer de domicile (*mi-*

(1) Le même fait a été relevé pour le midi de la France et d'ailleurs à une autre époque par M. Bauby dans son *Essai sur les mazades*, Toulouse, 1886.

(2) Loi des Visigoths, VIII, 3, 9; VIII, 4, 23, 26, 27; VIII, 5, 2 et 5. — Loi des Bavarois, tit. XII, § 9 et suiv. — *Lex salica emendata*, tit. XXXV, § 1, 4, 5, éd. Pardessus, p. 299. — Lois de Rotharis, chap. 317 et suiv.

(3) Tit. XLVII, de la *Lex emendata*.

(4) Edit de Chilpéric, chap. 3, dans Boretius, p. 8.

(5) Voy. Fustel de Coulanges, *Étude sur le titre* De migrantibus *de la loi salique*, Paris, Thorin, 1886, une broch. in-8. Ce mémoire a aussi paru dans la *Revue générale de droit*, année 1886. — Pour mieux comprendre la discussion qui va suivre, il est nécessaire d'avoir sous les yeux le texte même de la loi salique. Voici ce que porte le § 1er du tit. XLV : « *Si quis super alterum in*

*grare*) et elle s'établit sur une terre appartenant à un autre (*super alterum*). Le propriétaire ne peut pas se plaindre, « apparemment, parce qu'il est absent, » dit M. Fustel, et alors, à défaut de ce propriétaire, la loi accorde le droit d'opposition aux voisins, c'est-à-dire aux habitants de la *villa*. Il suffit qu'un seul proteste pour que le *migrans* soit obligé de se retirer; s'il refuse, le plaignant saisit le comte de l'affaire, lequel expulse l'*homo migrans*. Mais si tous gardent le silence, au bout d'un an, le nouveau venu est à l'abri de l'opposition des tiers. Ce texte suppose donc une personne qui veut s'emparer du bien d'autrui et alors, pour protéger la propriété privée, on donne à chacun des habitants du village le droit de s'y opposer, mais il n'y a là aucune trace de communauté légale. Que tel soit bien le sens de notre disposition, c'est ce qui résulte manifestement d'un capitulaire de 819 relatif à la loi salique (1). Il y est dit, à propos de notre titre, que cet *homo migrans* étant un usurpateur, pourra à toute époque être actionné en justice pour rendre la terre au demandeur, à moins qu'il n'établisse une cause d'acquisition à son profit (2). Le titre XLV de la loi salique a donc en vue un usurpateur de mauvaise foi et il donne aux habitants du village, à défaut du propriétaire intéressé, le droit de s'opposer à son établissement.

Telle est l'ingénieuse explication proposée par l'éminent historien. Elle soulève toutefois plus d'une objection. L'*homo migrans* est sans doute, à notre avis, un homme qui vient

*villa migrare voluerit, et unus vel aliqui de ipsis qui in villa consistunt eum suscipere voluerint, si vel unus extiterit qui contradicat, migrandi ibidem licentiam non habebit.* » Le § 2 expose la procédure que doit suivre celui qui ne consent pas à l'établissement de l'étranger; l'*homo migrans* ayant refusé de se retirer, encourt une amende de trente sous et est chassé de force par le comte. Enfin le § 3 ajoute : « *Si vero quis migraverit et infra XII menses nullus testatus fuerit, securus sicut et alii vicini maneat.* »

(1) Capit. d'Aix-la-Chapelle de 819, Boretius, p. 293.

(2) De XLVII capitulo, De eo qui villam alterius occupaverit : *De hoc capitulo judicaverunt ut nullus villam aut res alterius migrandi gratia per annos tenere vel possidere possit; sed in quacumque die invasor illarum rerum interpellatus fuerit, aut easdem res quærenti reddat aut eas, si potest, juxta legem se defendendo sibi vindicet.* » *Capitularia*, éd. Boretius, p. 293; éd. Baluze, I, 610.

s'établir sur le bien d'autrui et tel est le sens des mots *migrare super alterum*. Mais cet homme est-il un usurpateur? C'est ce que ne nous dit nullement le texte. La loi salique est bien plus générale; à vrai dire, elle ne parle pas des circonstances à la suite desquelles se produit l'établissement du nouveau venu. Peut-être l'ancien possesseur est-il absent, comme le suppose M. Fustel de Coulanges; mais peut-être aussi est-il de son côté un *homo migrans* qui a abandonné sa terre pour aller s'établir ailleurs; peut-être enfin est-il présent et disposé à céder volontairement sa terre à ce nouveau venu à titre de vente ou de donation. M. Fustel de Coulanges ne songe qu'au premier cas, mais en limitant ainsi notre texte, il le contredit manifestement : par ses termes généraux, la loi salique entend bien embrasser toutes les hypothèses qui peuvent se présenter, tandis que M. Fustel de Coulanges restreint notre disposition à un seul cas.

En outre, le savant historien ne tient aucun compte d'une partie importante de notre texte. Celui-ci s'attache à prévoir l'hypothèse où tous les habitants de la commune, sauf un, consentiraient à l'établissement du nouveau venu; cela suffit, dit notre loi, pour qu'il soit obligé de renoncer à son projet. Le rédacteur de la loi salique songe-t-il vraiment au cas particulier d'un usurpateur lorsqu'il s'exprime ainsi? N'est-il pas évident qu'en pareille circonstance, ce n'est pas un seul habitant de la commune qui s'opposerait à l'établissement de l'*homo migrans*, mais tous sans exception?

Enfin, après avoir écarté les renseignements que l'on peut tirer de cette partie importante du texte, le savant historien ne parvient pas à expliquer l'intervention des *vicini*. Si la propriété individuelle avait été seule connue, de quel droit les autres habitants auraient-ils pu empêcher l'établissement d'un tiers sur les biens d'un absent? C'est au propriétaire à se protéger lui-même; s'il s'absente, qu'il laisse un mandataire chargé de veiller à ses intérêts; mais jamais aucune loi n'a consacré ce système bizarre qui consisterait à constituer tous les habitants du village gardiens de la propriété d'autrui.

L'intervention de ces habitants ne peut s'expliquer qu'en vertu d'un droit qui leur est propre, et ce droit c'est celui de la propriété communale, dominant la propriété individuelle. Ce n'est pas ici le lieu de reproduire toutes les explications qui ont été données sur le titre *De migrantibus* (1). A notre avis, ce titre suppose une personne qui veut prendre la place d'une autre dans un bien de la commune. Par ses termes généraux, il embrasse tous les cas qui peuvent se présenter: tantôt il s'agira d'une personne avec laquelle le précédent propriétaire est disposé à traiter, mais d'autres fois il arrivera que l'*homo migrans* est un homme de mauvaise foi, disposé à s'emparer du bien d'autrui. Pour qu'une propriété immobilière puisse se transmettre avec une efficacité complète d'une personne à une autre, il faut d'abord le consentement du maître actuel, ensuite et aussi celui des *vicini*. Le premier point ne saurait soulever aucune difficulté et nous nous bornerons à ajouter que la loi salique protège le propriétaire contre les entreprises injustes, notamment contre les violences dont son bien pourrait être l'objet. La peine est de 45 sous d'or ou même de 62, suivant les circonstances (2). Le délit est assez grave pour mériter une répression aussi sévère. Si le propriétaire consent à l'aliénation, alors la loi exige, en outre, pour le transport de la propriété, l'assentiment des *vicini;* il se peut que la terre ait été abandonnée parce que l'ancien propriétaire est lui-même un *homo migrans*; dans ce cas, le nouveau venu acquiert la propriété par le seul fait de son occupation, mais il lui faut encore le consentement des *vicini*, exprès ou tacite, et le consentement tacite résulte toujours d'une jouissance paisible prolongée pendant une année. On admettra toutefois sans difficulté que l'établissement dans le village, sans le con-

(1) Elles ont été rapportées par M. Fustel de Coulanges dans son mémoire. Voy. cependant en outre Schröder, *Die Franken und ihr Recht*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, partie germanique, 1881, II, p. 49 et suiv. — Paul Fournier, *Le dernier livre de M. Fustel de Coulanges*, dans la *Revue des questions historiques*, juillet 1886. — Dareste, dans le *Journal des Savants*, année 1885, p. 599.

(2) Loi salique, tit. XXVII et XLII.

sentement unanime des habitants, soit un fait moins grave que la mainmise par violence sur le bien d'autrui; aussi ce fait est-il puni d'une amende de 30 sous (1).

Ainsi comprise, et à raison de la généralité de ses dispositions, la loi salique avait soulevé, dans la pratique, des difficultés qui nous sont révélées par des textes postérieurs. Le consentement des habitants du village devait-il être demandé seulement par le nouveau venu, ou l'ancien propriétaire n'était-il pas aussi obligé de l'obtenir avant d'accueillir quelqu'un sur ses terres? Ce cas fut prévu par une disposition ajoutée à la loi salique où il est dit : « *Si vero quis alium in* « *villam alienam migrare rogaverit, antequam conventum* « *fuerit, MDCCC dinariis, qui faciunt solidos XLV, culpabi-* « *lis judicetur* (2). » M. Pardessus entend ce texte ainsi : L'habitant qui accueillera un étranger avant d'avoir obtenu le consentement de tous, sera passible d'une amende de 45 sous. Comment expliquer ici l'intervention des *vicini*, si ce n'est par l'idée d'une propriété collective? Ne voit-on pas aussi que le titre *De migrantibus* est vraiment général et s'applique à tous les cas où une personne veut s'établir dans un village, soit du consentement de l'ancien propriétaire, soit à son insu. Mais pour ce second cas, une autre difficulté s'était présentée : lorsqu'un nouveau venu, profitant de l'absence du propriétaire, vient, peut-être même de mauvaise foi, s'établir sur son bien, et que les *vicini* le laissent en pareille jouissance pendant un an, est-il, au bout de ce temps, devenu véritable propriétaire et l'ancien se trouve-t-il évincé? Ici encore des doutes très sérieux étaient possibles, à cause des termes tout à fait généraux du § 3 de notre titre. La question fut donc soumise à l'assemblée tenue à Aix-la-Chapelle en 819. On y distingua avec soin les deux consentements dont avait besoin celui qui voulait devenir propriétaire d'un bien dans un village, et il fut décidé avec raison

(1) On remarquera que nous n'entendons pas exiger le consentement des *vicini* dans tous les cas d'aliénation d'un immeuble, mais seulement s'il y a entre les habitants un état de communauté.

(2) *Lex salica emendata*, tit. XLVII, § 3; éd. Pardessus, p. 309.

que le consentement des *vicini* ne pouvait pas le mettre à l'abri de l'action en revendication du véritable propriétaire. Mais cette interprétation ne contredit-elle pas aussi le système de M. Fustel de Coulanges? Elle prouve, en effet, d'une manière manifeste que quand les habitants du village consentent ou s'opposent à l'établissement d'un tiers dans la communauté, ils agissent toujours en vertu d'un droit qui leur est propre et jamais comme représentants du propriétaire absent.

D'ailleurs si leur opposition avait été faite pour le compte du véritable propriétaire, on ne s'expliquerait pas non plus la modicité de l'amende encourue; la résistance de l'*homo migrans* devait prendre le même degré de gravité que si elle était dirigée contre le propriétaire.

Toutes ces dispositions se justifient au contraire parfaitement si l'on admet au-dessus de la propriété privée une sorte de collectivisme au profit des habitants du village. On comprend qu'alors leur consentement soit nécessaire pour l'établissement d'un nouveau venu, même si celui-ci a trouvé une personne disposée à lui céder son bien. Il existe en effet comme nous l'avons vu, des liens sérieux et une véritable responsabilité commune entre tous les *vicini*. Celui qui s'établit dans un village entre dans une sorte de famille élargie et il est fort possible que les rédacteurs de la loi salique aient été eux-mêmes inspirés par cette idée, car ils ont soigneusement rapproché notre titre *De migrantibus* de celui qu'ils consacrent à l'affatomie. La nécessité du consentement des *vicini* est encore plus manifeste s'il s'agit de prendre la place d'un *homo migrans :* les habitants déjà établis peuvent se demander s'il ne vaut pas mieux faire tomber de nouveau parmi les *communia* les biens abandonnés par celui qui s'est établi ailleurs? N'est-il pas évident aussi qu'en accueillant le nouveau venu, on lui reconnait une part dans les biens restés en commun, forêts, paturages, etc. (1)? L'intérêt des *vicini* est encore plus manifeste si le nouveau venu demande à prendre, dans les terres restées communes, un lot qu'il veut

s'approprier : ces terres échapperont alors à la propriété collective et ne pourront y rentrer que par l'effet du droit de succession (1).

Mais ce droit de succession est, lui aussi, à son tour, une preuve manifeste de l'existence d'une propriété commune au-dessus de la propriété privée. Il est formellement attesté par l'édit de Chilpéric (2). Cet édit nous apprend qu'à l'avenir les femmes ne seront plus exclues de la terre que par les parents mâles du même degré; mais cette modification au système de succession consacré par la loi salique, concerne seulement certaines personnes et n'a pas un caractère général. Il s'agit uniquement de ceux *qui vicinos habent*, c'est-à-dire des personnes appartenant à une communauté agraire, à une *marca*. Le mot *vicini* est, à la vérité, souvent employé dans les textes de l'époque comme synonyme de parents, mais il ne saurait avoir ici ce sens et désigne bien certainement les membres de la communauté agraire. Comment veut-on entendre autrement la partie du texte où il est dit : « *et si moritur, frater alter superstitutus fuerit, frater terras accipiat, non vicini.* » Avant l'édit de Chilpéric, à défaut de fils du défunt, la terre retournait aux autres membres de la communauté. Chilpéric modifie cette règle : les filles viendront après les fils, puis les frères, puis les sœurs, mais à défaut de ces parents rapprochés, les *vicini* (c'est-à-dire la communauté agraire) seront appelés à la succession (3). Comment expliquer encore ce droit de succession, si ce n'est par l'existence d'une propriété collective au profit de la *marca*?

Enfin il n'est pas exact non plus de dire que le mot *marca*

(1) « Les choses se sont toujours passées ainsi, dit avec raison M. Dareste, *op. et loc. cit.*, et jusqu'au siècle dernier en France; aujourd'hui encore dans certaines parties de la Suisse, on ne peut être admis dans une commune, comme membre de la commune et participant à la jouissance des communaux, sans un vote de tous les intéressés. »

(2) Chap. 3; Boretius, p. 8.

(3) Pour plus de détails sur l'explication de cet édit de Chilpéric, Voy. ce que j'ai dit dans mon travail intitulé : *Le droit de succession dans les lois barbares*, p. 19.

n'est pas employé avant le XIIe siècle pour désigner un ensemble d'habitants exerçant un droit de propriété sur certaines terres. Dès le VIIe siècle on relève beaucoup d'actes où il est parlé de terres communes sous le nom de *marca*. On n'a ici que l'embarras du choix et comme de nombreux textes ont déjà été relevés en ce sens par divers auteurs, nous nous bornons à renvoyer sur ce point à leurs explications (1).

## § 11. — LES TERRES PRIVÉES, LES TERRES LIBRES ET LES TENURES.

A l'égard des propriétés privées, les Barbares ont procédé de manières très diverses. En Afrique, les Vandales s'emparèrent de toutes les terres de quelque valeur et réduisirent leurs possesseurs, même s'ils étaient de noble extraction, à la condition la plus misérable (2). C'est aussi avec la même brutalité qu'ont agi les Saxons en Angleterre (3). Il ne resta rien après leur établissement des institutions romaines. Cette différence entre l'Angleterre et la Gaule nous permettra même d'expliquer plusieurs points restés obscurs sur le régime de la propriété foncière dans notre pays. Si nous établissons, en effet, que certaines tenures sont identiques dans les deux contrées, que d'autres, au contraire, sont usitées en Gaule et inconnues en Grande-Bretagne, il ne sera pas ensuite téméraire d'ajouter que les premières ont bien probablement une origine germanique, tandis que les secondes dérivent, selon toute vraisemblance, de l'Empire romain (4).

(1) Ainsi M. Kovalewski, professeur à l'Université de Moscou, en a publié plusieurs dans la *Revue juridique russe*, mois d'avril 1886. Voy. aussi Dareste, dans le *Journal des Savants*, année 1886, p. 600 et suiv. Cpr. Lörsch et Schröder, *Urkunden zur Geschichte des deutschen Rechts*, Bonn, 1874, nos 32 et 34. — Voy. aussi une charte de l'abbaye de Saint-Gall de 890 dans Moser, *Die Urkunden vom Jahre* 890, dans les *Schriften des Vereins für Geschichte des Bodensee's*, t. VI, Lindau. — Cpr. Zeumer, *Formulæ*, p. 387, 388, 402, 403. Ce dernier texte emploie formellement le texte de *marca communis*. Voy. aussi Thévenin, *Textes expliqués*, nos 43, 44, 70, 111, 180.

(2) Procope, *De bello vandalico*, p. 313 de l'éd. de Bâle de 1621.

(3) Voy. à cet égard mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, p. 16 et 133.

(4) Nous avons essayé de l'établir dans notre *Histoire du droit et des insti-*

D'autres peuples, sans accaparer toutes les terres des particuliers, en prirent cependant une notable partie. Ils commencèrent par imiter le système des troupes romaines qui se mettaient en quartier chez l'habitant; ils s'installèrent en qualité d'hôtes à ce même titre qui avait été autrefois celui des alliés de l'Empire, des *fœderati* dans l'organisation militaire romaine. Ces troupes avaient droit, en cette qualité, au logement et à la nourriture. Mais les Barbares ne s'en tinrent pas là; ils exigèrent davantage, à savoir le partage des terres (1). Ainsi procédèrent les sujets d'Odoacre, les Ostrogoths sous Théodoric, les Lombards (2). Pour les Burgondes et les Visigoths, la question soulève plus de difficultés. Selon certains auteurs, ces peuples auraient adopté le système contraire, en ce sens qu'au lieu de se considérer comme les hôtes des Romains, ils se seraient déclarés propriétaires et auraient ensuite fait des Romains leurs hôtes. On en donne pour raison qu'ils prirent la plupart des terres : les deux tiers du sol cultivé, la moitié des cours et jardins. Cette solution nous paraît un peu hasardée et ne repose que sur un document assez vague.

A notre avis, les Burgondes pratiquèrent plusieurs essais sur lesquels règne encore beaucoup d'obscurité. Ils se déclarèrent propriétaires des deux tiers des champs cultivés, de la moitié des maisons, des vergers et des champs en friche et du tiers des esclaves (3).

La première réglementation entre les Romains et les Bur-

*tutions de l'Angleterre* à laquelle nous nous bornons à renvoyer, t. I, p. 133 et suiv.

(1) Loi des Visigoths, X, 1, 8. — Grégoire de Tours, liv. II, § 27. — Cassiodore, *Variorum*, II, 16, 17. — Procope, *De bello gothico*, II, 16. — Cpr. Ducange, v° *Sors*. — On trouvera des détails sur ces attributions de terres dans les ouvrages suivants : Gaupp, *Germanischen Ansiedlungen und Landtheilungen*. — Caillemer, *L'établissement des Burgondes dans le Lyonnais au milieu du V[e] siècle*, 1 broch. in-8, Lyon, 1877 (Extrait du XVIII[e] volume des *Mémoires de l'Académie de Lyon*). — Julien Havet, *Du partage des terres entre les Romains et les Barbares chez les Burgondes et les Visigoths*, dans la *Revue historique* (de Monod), t. VI, p. 87.

(2) Procope, *De bello gothico*, II, 16. — Cassiodore, *Variorum*, II, 16. —Gaupp, *op. cit.*, p. 89, 456, 466.

(3) Loi des Burgondes, tit. XIII et LIV.

gondes n'avait pas absorbé toutes les terres, et d'autres Barbares venus dans la suite en obtinrent également (1). Il paraît même que de nouveaux Burgondes arrivant incessamment, à chaque instant aussi des terres étaient réclamées sur les Romains ; il n'y eut ainsi pour eux aucune sécurité pendant quelque temps, mais on finit par faire une loi pour les mettre à l'abri de ces spoliations (2). Un passage de la *Chronique de Marius* de l'an 456 semble dire que les Burgondes ne prirent des terres que sur les riches : *terras cum Gallicis senatoribus diviserunt*. Mais ce texte ne relève que le fait le plus fréquent et il résulte bien de la généralité des termes employés par la loi des Burgondes que les petits propriétaires ne furent pas mieux traités (3).

En outre, il est important de s'entendre sur la manière dont les Burgondes *partagèrent* les terres entre les Romains et eux. A vrai dire, il ne s'agit pas d'un partage et cette expression employée par la *Chronique de Marius* est inexacte. Il vaut mieux dire, comme nous l'avons fait, que les Burgondes s'attribuèrent une partie des biens des Romains et dans la proportion que nous avons indiquée. Mais il semble bien que vainqueurs et vaincus restèrent d'abord dans l'indivision. Le prétendu partage des terres et autres biens consista donc d'abord en réalité dans l'attribution d'une part indivise au profit des Burgondes sur les héritages et principaux autres biens des Romains. C'est seulement sous le règne de Gondebaud qu'un partage général dans le sens de ce mot fut ordonné, comme cela paraît résulter du titre LIV de la loi des Burgondes. Toutefois on ne comprit dans ce partage que les champs et les esclaves et il se fit tout naturellement dans la proportion pour laquelle chacun avait été auparavant propriétaire par indivis. De plus, on voulut que les forêts demeurassent communes. Le par-

(1) Loi des Burgondes, tit. LVII.

(2) Loi des Burgondes, addition II, § 11 : « *De Romanis vero hoc ordinavimus, ut non amplius a Burgundionibus, qui infra venerunt requiratur quam ad præsens necessitas fuerit, medietas terræ. Alia vero medietas cum integriate mancipiorum a Romanis teneatur, nec exinde ullam violentiam patiantur.* »

(3) Loi des Burgondes, tit. XIII, LIV, LVII.

tage n'en fut permis qu'autant qu'un des propriétaires se déclarait prêt à défricher (1). D'ailleurs, après comme avant le partage, le Romain et le Barbare de chaque domaine réparti entre eux dans la proportion indiquée par la loi, étaient, l'un vis-à-vis de l'autre, *consortes* ou *hospites*. La loi burgonde donne cette qualification à la fois au Romain et au Burgonde, et, à ce titre, était attachée au profit de chacun d'eux une sorte de droit de propriété supérieur sur la part de son coassocié. La loi burgonde en avait conclu que si le Barbare voulait vendre sa part, le Romain avait un droit de préemption et rentrait ainsi dans la totalité de son domaine (2). La loi ne nous dit pas si ce droit existait aussi, dans le cas inverse, au profit du Barbare vis-à-vis du Romain. On s'est parfois fondé sur ce silence pour prétendre que le droit de préemption avait lieu seulement au profit du Romain. Mais nous ne voyons pas quelle pourrait être la raison de cette différence. Du moment que le Romain et le Burgonde sont égaux, qu'ils sont *consortes*, comme dit la loi, ils doivent aussi avoir les mêmes droits l'un vis-à-vis de l'autre. La loi burgonde n'a songé qu'à un seul des deux cas qui pouvaient se présenter, parce qu'il était le plus fréquent : les Burgondes en voie d'établissement n'avaient aucune fixité et changeaient assez souvent de domaine, jusqu'à ce qu'ils eussent trouvé celui qui leur convenait définitivement.

Les Francs ont respecté toutes les propriétés privées. Il n'est fait dans aucun texte allusion à un partage des terres. Ce silence serait bien étonnant si une semblable spoliation avait été accomplie. Il ne faut pas non plus perdre de vue que les Francs se sont établis dans la plus grande partie du territoire de la Gaule, non pas en conquérants, les armes à la main, mais en alliés appelés par les évêques et dès lors aussi par les populations. Enfin leur nombre était relativement assez limité. Ces circonstances expliquent que les Francs ne se soient emparés d'aucune terre privée. Les vastes domaines

(1) Loi des Burgondes, tit. LIV, § 2 et 3.
(2) Loi des Burgondes, tit. LXXXIV, § 1.

du fisc ont suffi aux rois Francs pour récompenser leurs fidèles. Ils ont procédé autrement vis-à-vis des Thuringiens, des Alamans et des Bavarois; mais ils avaient dû lutter en ennemis contre eux (1).

Chaque Visigoth obtint aussi les deux tiers des terres en culture d'un Romain et la moitié des terres incultes; la part laissée au Romain prit tout naturellement le nom de *tertiæ* (2). Toutefois ces propriétés étaient communes ou pour mieux dire indivises entre le Goth et le Romain. En d'autres termes, le partage ne fut pas imposé : la loi des Visigoths se borna à indiquer dans quelle proportion les Visigoths et les Romains posséderaient la terre, mais une fois cette attribution faite, elle laissa chaque Romain et chaque Visigoth devenus copropriétaires par indivis, libres de rester dans l'indivision ou d'en sortir par le partage (3).

Il est à peu près certain qu'après l'établissement des Barbares le nombre des terres entièrement libres était considérable. Les unes appartenaient aux Romains qui les avaient conservées malgré la conquête ou les avaient acquises depuis les invasions; les autres étaient la propriété des Barbares auxquels elles avaient été données sur les biens du fisc impérial ou même parfois sur ceux des particuliers. Tous ces biens ont été appelés dans la suite des alleux. Ce mot

(1) Grégoire de Tours, liv. III, § 4. Quant à la conduite des Lombards en Italie, nous nous bornons à renvoyer au livre de M. Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, p. 192 et suiv.

(2) Loi des Visigoths, X, 1, 8.

(3) C'est ce qui résulte nettement du liv. X, tit. 1, § 8 où il est dit : « *Si tamen probatur celebrata divisio.* » Voy. aussi le § suiv. — Ce procédé consistant à partager des terres se pratiquait parfois même entre Barbares. Grégoire de Tours nous en donne un curieux exemple. Des Saxons s'étaient établis en Italie; puis étaient venus des Suèves qui avaient pris leur place pendant que ces Saxons avaient accompagné Alboin. Ceux-ci étant revenus ensuite dans le pays, cherchèrent querelle aux Suèves qui avaient pris leurs terres. Pour rester en paix, les Suèves offrirent de restituer la moitié des terres aux Saxons, puis les deux tiers, puis même enfin toutes les terres et tous les troupeaux, à la seule condition de vivre en paix les uns à côté des autres. Les Saxons refusèrent toute transaction et en appelèrent aux armes. Ils se croyaient si sûrs de la victoire, qu'ils partagèrent entre eux à l'avance les femmes des Suèves. Mais le sort leur fut contraire et les Suèves les exterminèrent dans deux batailles. Voy. Grégoire de Tours, liv. V, § 15.

*alleu* a eu plusieurs sens successifs. Nous verrons bientôt, en nous occupant des successions, que son étymologie a donné lieu autrefois à de vives controverses; mais on est aujourd'hui généralement d'accord pour faire remonter ce mot à *al od*, tout bien (1). C'est qu'en effet dans son sens le plus ancien ce mot désigne l'hérédité, la succession : la rubrique du titre LIX de la loi salique le prend dans cette acception (2). Un peu plus tard, on parle de *alode parentorum* (3); on dit aussi *alodis paterna;* on oppose même ces biens aux acquêts. Il s'agit donc alors des biens héréditaires, des biens venant de succession, des propres, comme on dira plus tard. Mais à cette époque, d'une manière plus précise au temps de Grégoire de Tours, on voit apparaître une autre division des biens, d'une part, ceux qui sont possédés en pleine propriété, qu'on les tienne en succession ou qu'on les ait acquis entre vifs, d'autre part, ceux qu'on tient de concessions, notamment du fisc, les bénéfices, en un mot (4). Les premiers s'appellent des *propria;* on dit aussi *proprietas*, *proprium*, *terra propria* (5). Le mot propre se présente, comme on le voit, avec un sens tout différent de celui qu'on lui donnera plus tard, notamment dans nos coutumes. Mais nous verrons bientôt que les bénéfices se multiplièrent rapidement, tandis que les terres possédées en propre, c'est-à-dire en pleine propriété, devinrent de plus en plus rares. Il en résulta que bientôt la plupart des terres acquises entre vifs furent des bénéfices; on ne devenait plus propriétaire de terres absolument libres que par succession. On en arriva ainsi à donner au mot alleu un troisième et nouveau sens, celui qui a subsisté au travers des siècles : il ne désigne plus

(1) Voy. aussi Chénon, *Etude sur l'histoire des alleux*, Paris, 1888, p. 1 et suiv. où sont exposées toutes les controverses auxquelles l'étymologie que le mot alleu a soulevées.

(2) Voy. aussi Rozière, form. 64 et 163.

(3) Rozière, form. 247 et 884. — Marculfe, liv. II, form. 6, 9, 10, 11, 14, etc.

(4) Grégoire de Tours, liv. IX, § 38. — Marculfe, liv. I, form. 12, Zeumer, p. 50.

(5) Grégoire de Tours, liv. IX, § 39. — Marculfe, liv. I, form. 12, Zeumer, p. 50.

la terre possédée par succession, d'autant plus qu'on put aussi, à partir d'une certaine époque, acquérir des bénéfices de la même manière, mais la terre possédée en pleine propriété, libre de toute charge privée (1).

Quoi qu'il en soit, cette propriété indépendante n'est pas aussi absolue que chez les Romains. Elle comporte au contraire certaines restrictions qui ne peuvent s'expliquer que par le maintien, tout au moins dans une certaine mesure, de la propriété de famille. Ainsi nous verrons que pour la *terra aviatica* il existe tout un système spécial de succession destiné à exclure les femmes dans une mesure plus ou moins large. D'après certaines lois, il n'est pas permis d'enlever aux enfants les immeubles des ancêtres, pas plus par libéralité entre-vifs que par testament (2). Il est toutefois nécessaire de constater qu'on ne trouve aucune disposition de ce genre dans la loi salique, mais il faut se rappeler aussi qu'elle ne connaît pas le testament. On n'y rencontre pas davantage ce droit de retrait que consacrent d'ailleurs d'une manière assez confuse, certaines lois barbares pour assurer la conservation des biens dans les familles. Ainsi dans les lois lombardes, les enfants et autres parents peuvent exercer le retrait, à condition de prouver que l'aliénation était faite dans l'intention de leur nuire (3). De même la loi saxonne veut que l'homme libre, pressé par le besoin, avant de vendre ses biens à des étrangers, en fasse l'offre à son plus proche parent (4). En interdisant le retrait vis-à-vis de l'Église, la loi des Alamans semble bien, par cela même, le permettre à l'encontre de tout autre acquéreur (5).

Ces terres entièrement libres ne payent aucune espèce de redevance, si ce n'est cependant la cens dû au roi à titre

(1) Voy. par exemple, loi des Bavarois, I, 1. — D'ailleurs des textes du temps continuent à employer le mot alleu pour désigner les biens héréditaires. Voy. loi des Bavarois, XI, 5. — Capit. de 850 et 870, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 449 et 473.

(2) Voy. notamment loi lombarde de Grimoald, chap. 5. — Loi des Saxons, tit. XII.

(3) Lois de Rotharis, chap. 168 à 170 et 365.

(4) Tit. LXII et LXIV.

(5) Tit. I, § 1 et 2.

d'impôt, *præter censum regis*. Elles échappent même aux droits d'usage qui existaient assez souvent entre habitants d'une même contrée. Parfois on rencontre le terme *immunitas* pris dans un sens restreint et tout spécial pour désigner cette propriété complète et exclusive (1); le plus souvent on dit que ces terres sont libres de toute charge, *sine censu, sine tributo, sine pastu*, etc. (2).

Il importe toutefois de distinguer plusieurs sortes d'alleux. Les grandes propriétés de ce genre n'ont jamais disparu et même au x^e siècle elles subsistent avec une force nouvelle, car ceux qui les possèdent sont devenus de véritables seigneurs. Le propriétaire d'un vaste alleu ne diffère pas en fait sensiblement d'un immuniste; il est à la fois, comme on l'a dit, grand propriétaire et petit souverain (3). Aussi ne consentira-t-il que plus tard et avec beaucoup de peine à convertir son alleu en fief; car ce changement, tout en le faisant rentrer dans le régime féodal, le prive d'une partie de son indépendance. Mais les propriétaires de petits ou moyens alleux n'avaient pu aspirer à un pareil rôle ni même conserver l'entière liberté de leurs terres. Bien des causes ont amené la disparition de ces alleux, petits ou moyens, qui étaient si nombreux à l'époque de l'établissement des Francs (4). Lorsque le domaine allodial était d'une étendue trop limitée, il ne tardait pas à devenir insuffisant et ne pouvait plus satisfaire aux besoins du propriétaire. Or ces besoins, à cause des guerres incessantes, étaient très nom-

(1) Voy. Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, n° 44, p. 53.

(2) Voy. sur ces différents points, Thévenin, *op. cit.*, n^os 65, 75, 79, 84, 90, 103, 108, 119, 147.

(3) Cette assimilation du grand propriétaire d'un alleu au seigneur d'une terre est formellement faite dans une charte de Conrad, roi de la Bourgogne transjurane, rédigée vers le milieu du X^e siècle. On y lit que les terres sont de quatre sortes : elles font partie du fisc royal ou de la seigneurie de l'évêque ou de la seigneurie du comte ou de la seigneurie indépendante du propriétaire : « *Aut sint de fisco regali, aut de potestate episcopali, vel de potestate comitali, sive de franchisia*, » dans Bouquet, IX, p. 698. Cpr. Flach, *Les origines de l'ancienne France*, p. 188.

(4) Cpr. Guérard, *Polyptique d'Irminon*, Prolégomènes, § 238, p. 476. — Pardessus, *Loi salique*, 8^e dissertation, p. 538 et suiv.

breux et devenaient de plus en plus lourds. On se rappelle que chaque homme libre devait s'équiper à ses frais; c'était là une source de dépenses fréquentes et parfois très élevées. Certains hommes libres, petits propriétaires d'alleux, imaginèrent pour y échapper, d'abandonner leur modeste patrimoine à un riche tenancier; ce seigneur en rétrocédait la jouissance précaire, comme nous le verrons bientôt, à l'ancien propriétaire. Celui-ci entrait dans la troupe du seigneur qui prenait à sa charge l'équipement de son nouveau tenancier et la ruine était ainsi évitée.

D'un autre côté, les grands et même les rois, désireux de s'enrichir ou d'agrandir leurs domaines, ne se faisaient aucun scrupule pour accabler leurs voisins plus faibles, de toutes sortes de vexations ou même s'emparer de leurs terres de la façon la plus arbitraire sans aucun dédommagement. Ces grands propriétaires ne songeaient qu'à accroître leurs domaines; certains rois imitaient cet exemple; les uns et les autres employaient hardiment les moyens les plus révoltants pour arriver à leur but. Grégoire de Tours nous en fournit de nombreux exemples (1). Les monastères eux-mêmes étaient souvent maltraités et ne jouissaient que d'une sécurité tout à fait relative. Les nombreuses confirmations de chartes qu'ils demandaient et obtenaient ne s'expliquent guère autrement. Aussi la plupart des petits propriétaires préférèrent-ils prendre la condition de tenanciers pour autrui; tout au moins obtenaient-ils la sécurité au prix d'une partie de la liberté. Les uns devinrent colons ou lites; d'autres aliénèrent leurs biens à de plus puissants qu'eux à condition de les garder à titre précaire.

L'absence de toute sécurité pour la petite ou la moyenne propriété fut sans contredit la cause qui contribua le plus à la disparition des moyens alleux. En outre, on subissait, de gré ou de force, l'influence d'une tendance générale qui avait pour objet de rattacher les hommes les uns aux autres par

(1) Grégoire de Tours, liv. III, § 16; liv. IV, § 12; liv. V, § 5; liv. VII, § 22 et 32; liv. VIII, § 32.

des liens plus ou moins étroits. Cette tendance est même érigée en une sorte de loi dans le capitulaire de Mersen de 847 où il est dit : « *Volumus ut unusquisque liber homo in nostro regno seniorem qualem voluerit in nobis et in nostris fidelibus accipiat* (1). » Aussi les rois, les églises, les monastères, les seigneurs, sous l'influence de ce système, ne faisaient plus de concessions sans retenir certains droits par lesquels ils rattachaient les tenanciers à leur dépendance. La précaire et le bénéfice se multiplient pendant que les conversions d'alleux en fiefs deviennent de plus en plus fréquentes (2).

On peut, il est vrai, citer encore, même après le capitulaire de Mersen, des libéralités faites par le prince lui-même à titre d'alleu, c'est-à-dire en pleine propriété, libre de toute suzeraineté (3). Mais en 873 un nouveau capitulaire paraît interdire d'une manière absolue cette propriété indépendante : il ordonne aux comtes de confisquer tous les alleux des hommes libres qui ne se sont pas placés sous la recommandation d'un *senior* (4). Si cette prescription avait été observée, tous les alleux auraient disparu. Mais cet ordre de Charles le Chauve était celui d'un prince impuissant; on n'en tint aucun compte. La meilleure preuve qu'on en puisse donner résulte d'un autre capitulaire du même prince, du célèbre capitulaire de Kiersy-sur-Oise : Charles le Chauve recommande de laisser en paix les propriétaires d'alleux, de ne rien leur demander à titre de redevance ou de ser-

(1) Capit. de 847, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 395.

(2) On constate l'existence de ces conversions jusqu'au XIII[e] siècle. Il y a, il est vrai, aussi des conversions de fiefs en alleux, mais elles sont très rares. Cpr. Guérard, *Polyptique d'Irminon*, t. I, p. 476, note 6; p. 477, note 7; p. 532, 545. Voy. un acte de 1269 analysé par Boutaric, dans les *Archives des missions scientifiques*, 2[e] série, t. II, p. 254. — Delpit, *Notice d'un manuscrit de la Bibliothèque de Wolfenbüttel*, p. 49 et suiv. Cpr. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 598.

(3) Capit. de 860, cap. 4 et 5, dans Walter, III, p. 116. Guizot pense que dans ce texte le mot alleu signifie bénéfice; mais cette explication est si hardie et dénature tellement le sens de la phrase, qu'elle n'est plus admise. Voy. Chénon, *op. cit.*, p. 25.

(4) Capit. de 873, cap. 4, dans Walter, III, p. 183.

vice, si ce n'est ce qui concerne la défense de la patrie (1).

La précaire et le bénéfice forment les deux tenures libres de l'époque franque; la première est certainement d'origine romaine, mais on est loin de s'entendre sur l'institution des Romains à laquelle elle se rattache. Mably y a vu à tort une servitude gallo-romaine de la glèbe. D'autres, subissant l'influence des mots, ont fait remonter cette tenure au *precarium* du droit romain; d'autres encore veulent que la tenure précaire de l'époque franque corresponde au *patrocinia vicorum* du Bas-Empire, bien qu'elle apparaisse seulement au VII[e] siècle et que ces *patrocinia* disparaissent dès le V[e]. On se trompe, à notre avis, en confondant le *precarium* des jurisconsultes romains avec la *précaire franque* (2). Sans doute l'Église a consenti des *precaria* dans le sens que les jurisconsultes romains donnaient à ce mot (3). Mais ce fait est assez rare et ne doit pas être confondu avec la précaire. Celle-ci a été aussi empruntée aux Romains, mais à une institution différente du *precarium*. Sous l'Empire, l'État louait ses terres à perpétuité ou à temps; dans ce dernier cas, la location était faite pour une période de cinq années (4); si le tenancier ne payait pas exactement son vectigal, il y avait lieu au retrait de la concession (5). Or si l'on se reporte aux plus anciennes formules de précaires consenties par l'Église, on constate que précisément ces concessions étaient faites pour une durée

(1) Cap. de 877, cap. 10 : ... « *Si in alodo suo quiete vivere voluerit, nullus ei aliquod impedimentum facere præsumat nec aliud aliquid ab eo requiratur, nisi solummodo ut ad patriæ defensionem pergat.* » Walter, III, p. 211.

(2) On a prétendu que les jurisconsultes romains avaient déjà eux-mêmes confondu parfois le *precarium* et le louage en une seule opération et on a cité à l'appui de cette doctrine la loi 10 pr. et § 1[er], *De acquirenda vel amittenda possessione*, 41, 2. Mais il suffit de se reporter à ce texte pour se convaincre que son auteur dit précisément le contraire et a soin de séparer le louage du *precarium*.

(3) Voy. à cet égard Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, II, p. 710. — Roth, *Feudalität*, p. 168.

(4) Cette période avait été probablement conservée par tradition du temps où ces locations étaient faites par les censeurs qui exerçaient leurs fonctions tous les cinq ans, et en conséquence louaient les biens de l'État pour la durée d'un lustre.

(5) L. 1, pr. *Si ager vectigalis*, 6, 3. — L. 31, *De pignoribus et hypothecis*, 20, 1. — L. 3, § 6, *De jure fisci*, 49, 14. — Hyginus, *De conditione agrorum*, p. 115 de l'éd. Lachmann.

de cinq ans avec faculté de résiliation en cas de non paiement du fermage (1). Il est donc hors de doute que l'Église s'est appropriée le système de location usité précédemment pour les terres de l'État. Il est même probable qu'elle procédait déjà ainsi du temps de l'Empire romain. Ces concessions s'appelèrent aussi des précaires, parce qu'elles étaient faites en réponse à des demandes adressées à l'église qui avait soin de conserver ces *precatoria* comme titres de concession vis-à-vis des tenanciers. Il y eut ainsi deux sortes de *precaria :* le précaire de l'époque classique, devenu d'ailleurs assez rare; la précaire, empruntée à l'administration romaine, qui ne tarda pas, sous l'influence de causes diverses, à se multiplier et à subir d'importants changements.

Tantôt une église ou un monastère concédait une terre à un particulier sur sa demande et moyennant redevance; d'autres fois un petit propriétaire, *homo votivus*, aliénait ses terres à une église ou à un monastère, à charge de les reprendre à titre précaire; dans certains cas encore, l'église ne se bornait pas à rendre de cette manière ce qu'elle avait reçu, mais elle y ajoutait d'autres biens et, par exemple, le concessionnaire obtenait en terres le double ou le triple de ce qu'il avait donné.

La rédaction du contrat passé entre l'église et le tenancier était réalisée par deux actes, la *precaria* qui contenait la demande du preneur et la *præstaria* où était accordée la concession par l'église (2); d'ailleurs de bonne heure les deux actes portèrent indistinctivement le nom de précaire (3). On ne tarda pas aussi à s'écarter de la forme primitive de ces concessions. Elles avaient lieu à l'origine pour une période de cinq ans et moyennant une redevance dont le non-paiement donnait lieu au retrait (4). Plusieurs conciles exigeaient

(1) Marculfe, liv. II, form. 5, 19, 41; Zeumer, p. 77, 98, 100. — Rozière, form. 320, 325, 328, 345.

(2) Voy. *Diplomata*, II, n° 557, p. 388 et Thévenin, *op. cit.*, n° 56, p. 65.

(3) Voy. ce que dit à cet égard Guérard, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 1re série, t. III, p. 114.

(4) Voy. *Diplomata*, II, n° 557, p. 368 et Thévenin, *op. cit.*, n° 56, p. 65.

que les concessions fussent faites pour cette durée de cinq ans, mais on admettait déjà qu'elles seraient renouvelées à chaque échéance (1). Bientôt un grand nombre de précaires furent concédées à vie ; puis on admit des précaires au profit du concessionnaire et de ses descendants au premier degré ; parfois même on étendit l'avantage jusqu'au second degré de la descendance. On admit même des précaires qui devaient durer jusqu'à la quatrième génération, et nous avons une *formula augiensis* qui parle de précaires faites au profit du concédant et de toute sa postérité à l'infini. Mais c'est surtout pendant la période suivante que se multiplieront les précaires à titre purement héréditaire (2). D'un autre côté, le défaut de paiement du cens n'entraîna plus retrait de la concession et donna seulement lieu à une amende (3). La constitution d'une redevance n'était pas d'ailleurs de l'essence de la précaire. Il est facile d'admettre que le cens devait être moins élevé ou même nul lorsqu'il s'agissait de terres que l'église avait d'abord reçues du propriétaire et qu'elle lui avait ensuite rendues. Il y avait aussi des précaires essentiellement révocables *ad nutum*, mais alors ces dernières concessions correspondaient bien au *precarium* des jurisconsultes romains de l'époque classique (4).

De bonne heure les laïques imitèrent l'exemple de l'Église et firent des concessions à titre précaire (5) : le précaire laïque prit les mêmes formes et les mêmes caractères que la précaire ecclésiastique : tantôt un petit propriétaire cédait sa terre à un *senior* à la condition de la reprendre à titre pré-

(1) Cpr. Concile de Meaux de l'an 845, canon 22 ; Capit. de 846, cap. 22, Pertz, *Leges*, I, 390. — Deloche, *Cartulaire de Beaulieu*, p. 51 et 52. Cpr. Huschke, dans la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, I, p. 170, 174, 179.

(2) Voy. Zeumer, p. 349 et suiv. et surtout la formule 8, p. 352. — Rozière, form. 354. — Guérard, *Polyptique d'Irminon*, t. I, p. 569, note 4. — Cpr. Capit. de 818-819, cap. 4, Boretius, p. 287.

(3) Cpr. Rozière, form. 319, 320, 321, 323, 326, 329. — Lörsch et Schröder, *Urkunden zur Geschichte der deutschen Rechtes*, I, *Privatrecht*, 2e édit., p. 4, n° 8.

(4) Roth, *Feudalität*, p. 146.

(5) Loi des Visigoths, X, 1, 12. — Rozière, form. 325.

caire et dans ce cas deux chartes étaient dressées, l'une pour constater l'aliénation, *carta precaria*, l'autre pour constater la concession, *carta præstaria* (1). Celui qui aliénait son immeuble de cette manière se réservait parfois le droit de reprendre la pleine propriété du bien sous certaines conditions de rachat (2). Mais cette concession était, en général, irrévocable.

D'autres fois, un grand propriétaire cédait sa propre terre à titre précaire, soit avec la faculté de révoquer *ad nutum*, soit pour un temps déterminé plus ou moins long, soit à titre viager (3). Il semble bien que les concessions pour la durée de la vie se soient multipliées : elles offraient toute sécurité aux tenanciers et assuraient par cela même une meilleure culture de la terre. Il était admis, même dans ces cas, que si le précariste mourait avant sa femme, celle-ci continuerait sa jouissance sa vie durant (4). Aux VI^e^ et VII^e^ siècles, les concessions à titre viager sont sans doute les plus fréquentes (5). Cependant on voit déjà dans les formules de Marculfe, apparaître la notion d'une véritable transmission héréditaire : il est dit que le concessionnaire pourra jouir du bien pendant la durée de sa vie et qu'après sa mort le roi ou le grand seigneur sera censé disposer de la terre au profit de la personne que le défunt aura désignée avant sa mort (6). On en arriva ainsi à faire des concessions héréditaires, tout au moins au premier degré au profit des enfants ou même au profit du second, c'est-à-dire des petits-enfants. Puis enfin, à la fin du VIII^e^ siècle, les précaires devinrent le plus souvent héréditaires, même en ligne collatérale (7).

(1) Voy. Rozière, form. 319, 325, 328, 331, 339 à 348.

(2) Diplômes de 837, 838, 843, 853 et 901 dans Neugart, t. I, n^os^ 278, 286, 305, 348, 633. — Formules de Wyss, n° 24. — Rozière, form. 367.

(3) Loi des Visigoths, X, 12 et 13. — Rozière, form. 320 et 325.

(4) Grégoire de Tours, liv. VIII, § 22. — Mabillon, *De re diplomatica*, lib. VI, tit. I, p. 471 et 476.

(5) Marculfe, liv. I, form. 13, 21, 24. Cpr. de Rozière, form. 9, 216, 392.

(6) Rozière, form. 345.

(7) Capit. de 817, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 214; Boretius, 287. — Diplômes de 758, 784, 791 et 812, dans Neugart, I, n^os^ 23, 86, 112, 172. — Form. 19 de

Le précariste administrait l'immeuble à son gré et il en avait la jouissance, à la seule condition de ne pas le détériorer; il ne pouvait toutefois plus l'aliéner, car il n'en était pas propriétaire (1).

En retour de la jouissance de l'immeuble qu'il administrait à son gré et dont il s'attribuait les fruits, le précariste était tenu d'une redevance, le plus souvent annuelle, en général très modique, en nature ou en argent et de certains services peu onéreux (2). Le précariste payait cette redevance même lorsqu'il s'agissait de terres dont il avait au préalable transféré la propriété au *senior* (3), à moins cependant de convention contraire, expresse ou tacite (4). Le précariste était aussi obligé de maintenir l'immeuble en bon état (5). Lorsqu'il manquait à une de ces obligations, il encourait une amende ou même la commise, c'est-à-dire le retrait de la concession (6). Il perdait encore l'immeuble s'il l'aliénait, car ce fait constituait de sa part un abus de jouissance (7). Assez souvent le défaut de paiement de la redevance avait pour effet de le rendre débiteur d'un cens double de celui dont il était tenu auparavant. Il va sans dire que si le précaire avait été constitué à titre viager, à la mort du précariste, le bien retournait au concédant (8).

Les savants discutent sur le point de savoir si le droit du précariste était réel ou personnel. On n'est pas davantage d'accord sur la loi et la compétence qui devaient être observées en cas de difficulté entre le concédant et le concessionnaire. Appliquait-on la loi commune et saisissait-on la juridiction

Lindenbrog, Zeumer, p. 280; — Rozière, form. 331. — Dipl. de 798, 832, 833, 861, dans Neugart, I, n[os] 135, 253, 258, 397.

(1) Rozière, form. 319.

(2) Diplômes de 778, 786, 787, 865, dans Neugart, I, n[os] 69, 93, 99, 430. — Rozière, form. 320, 339, 341, 342.

(3) Rozière, form. 320, 339, 341.

(4) Rozière, form. 340 et 345.

(5) Rozière, form. 328.

(6) Rozière, form. 337, 339, 341; — Diplôme de 735, dans Pardessus, *Diplomata*, II, n° 557, p. 368.

(7) Rozière, form. 320.

(8) Rozière, form. 319 et 332.

ordinaire, ou au contraire soumettait-on la difficulté comme en matière de colonat à une cour spéciale composée de tenanciers présidée par le propriétaire et où l'on appliquait la coutume de la terre? Les renseignements précis manquent sur ce point. A vrai dire les textes du temps ne prévoient pas ces questions et ne les tranchent pas. C'est qu'en effet, à cette époque, on n'avait pas la notion exacte du droit réel et du droit personnel. Tel qu'il nous est présenté par les textes, le droit du précariste semble plutôt se rapprocher du droit réel. Quant aux contestations entre concédants et concessionnaires, il n'existait probablement pas de règles fixes sur la loi à appliquer ni sur la compétence. Peut-être ne recourait-on aux règles du colonat qu'autant que le concessionnaire n'était pas un homme de pleine liberté (1).

On voit qu'en général la précaire laïque était identique à la précaire ecclésiastique. Toutefois certaines formules de l'Anjou et de la Touraine nous parlent de concessions d'une nature spéciale, où le tenancier jouissait de droits presque absolus et il paraît bien que ces précaires étaient le plus souvent consenties par l'Église (2). Mais on a cependant quel-

(1) Le quatrième capitulaire de 817, cap. 4, donne bien sur cette question quelques indications qui paraissent même très claires à certains auteurs. A notre avis elles ne soulèvent cependant que des difficultés (Pertz, *Leges*, I, 214, Boretius, p. 287). D'abord le texte suppose une terre d'une église ou de l'empereur; cette terre a été donnée à l'église ou à l'empereur par le propriétaire à charge d'être rendue à titre précaire; si le possesseur actuel est fils ou petit-fils du donateur, il possède suivant la loi commune; dans les autres cas il ne possède donc que *jure curtis*. Le capitulaire ne le dit pas, mais le suppose. Ces dispositions sont-elles générales ou s'appliquent-elles seulement aux précaires de l'empereur ou de l'Église? La seconde solution paraît bien résulter du texte et alors la question reste obscure pour les précaires consentis par les *seniores*.

(2) Ces formules d'Anjou sont, dans l'éd. Zeumer, celles qui portent le n° 1, 4, 8, 21, 25, 40, 54, 58. Voy. p. 4, 6, 7, 11, 12, 17, 23, 24. — Cpr. Rozière, n°s 46, 222, 226, 227, 280, 331, 358, 375, 488. — Quant aux formules de Touraine ce sont les n°s 8 et 42 de Zeumer, p. 140, 158. Cpr. Rozière, form. 276 et 279. Sur ces précaires perpétuelles et avec faculté d'aliéner pour le tenancier, il faut consulter Brunner, *Die Erbacht der Formelsammlungen von Angers und Tours und die spätromische Verpachtung der Gemeindegüter*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, t. V, 1884, *Germanistische Abtheilung*, p. 69 et suiv. — Cpr. Esmein, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1885, t. IX, p. 249. — Löning, *Geschichte des Deutschen Kirschenrechts*, II, p. 710.

ques exemples de concessions semblables faites par des laïques (1). Les tenanciers de ces biens pouvaient les aliéner librement et les formules en effet en parlent précisément à l'occasion de dispositions dont elles étaient l'objet, vente, donation, échange, constitution de dot, mise en gage. Mais dans tous ces cas le tenancier ne se dépouillait que *salvo jure ecclesiæ* ou suivant toute autre formule semblable. Ce droit de disposition prouve jusqu'à l'évidence que ces tenures étaient perpétuelles. Il ne faudrait pas en conclure toutefois qu'elles constituaient des emphytéoses, car nos formules ne parlent ni du *laudemium*, ni du droit de préemption du bailleur qui aurait existé s'il s'était agi de tenures de cette dernière nature. Il paraît même que ces concessions étaient faites à titre purement gratuit, en ce sens qu'il n'était dû aucune redevance par le tenancier (2). Cette particularité a étonné certains auteurs et ils pensent que, malgré le silence des textes, une redevance était payée par le preneur (3). Mais il serait bien étrange, si un cens avait été établi, qu'il n'en eût pas été question dans la formule. En vain dirait-on qu'à défaut de cens on ne voit pas quel droit l'Église se serait réservé sur la terre. Il est facile de répondre que grâce à cette retenue d'un droit supérieur et malgré l'absence de toute redevance, la terre restait ecclésiastique; à ce titre elle jouissait de certains privilèges, elle était soumise à la justice de l'Église et celle-ci pouvait la reprendre, tout au moins en cas de déshérence (4).

(1) Voy. par exemple form. d'Anjou, n° 58, Zeumer, p. 24.

(2) Une seule formule parle d'un cens, la formule d'Anjou, n° 58, Zeumer, p. 24.

(3) Voy. par exemple Esmein, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. IX, p. 252.

(4) On a beaucoup discuté sur l'origine de ces précaires perpétuelles. M. Löning les fait remonter aux locations perpétuelles des *agri vectigales* consenties dans l'Empire romain par les cités ou même peut-être par les particuliers. M. Brunner repousse cette interprétation en faisant remarquer que la distinction des terres des cités en *agri vectigales* et *agri non vectigales* a disparu sous le Bas-Empire. Il croit que la source de ces tenures se trouve dans les concessions perpétuelles des terres du fisc impérial, lesquelles se faisaient sous le Bas-Empire ou bien sous la forme emphytéotique ou bien à l'aide d'une véritable aliénation sans *laudemium* ni droit de préemption, mais avec

Cette forme de tenure à titre précaire devint, si l'on peut ainsi parler, la condition ordinaire de la terre que le propriétaire n'exploitait pas lui-même et qui n'était pas non plus possédée par des hommes de demi-liberté. Rien de plus naturel, d'ailleurs, qu'un pareil régime : le propriétaire d'une terre libre, ne pouvant la cultiver en personne, et ne voulant pas la confier à des lites ou à des colons, en cédait la jouissance à un tenancier libre moyennant redevance modique.

Mais cette tenure, comme toutes les institutions humaines, fut la source d'abus. On vit des propriétaires transmettre leurs terres à l'Église et les reprendre à titre de précaire au seul effet d'échapper à certaines charges publiques. La terre, en effet, devenue bien de l'Église, était exempte d'impôts envers l'État si elle appartenait à une église ou à un monastère jouissant du bénéfice de l'immunité. Les empereurs s'efforcèrent de réprimer ces fraudes en décidant qu'en pareil pareil cas la cession faite à l'Église n'entraînerait pas dispense des charges (1).

De leur côté, les rois se servirent plus d'une fois de la précaire

réserve du droit du fisc, *salva lege fisci*. Cpr. Const. 1, *De fundis patrimonialibus*, 11, 61. Constantin confisqua la plupart des immeubles des villes et les attribua aux églises ; Julien rendit ces terres aux cités, à la condition de les louer pour faire face aux réparations des villes ; celles-ci louèrent en effet leurs biens d'abord à temps, puis à perpétuité et dans les formes usitées par le fisc impérial ; enfin l'Église reprit ses immeubles et elle les loua de la même manière que les cités auparavant ; de là l'origine de cette tenure précaire perpétuelle et avec faculté d'aliénation. Ce système très ingénieux de M. Brunner a le tort de reposer sur des affirmations qui ne sont pas toutes établies avec certitude. Le dernier fait surtout, le plus important, n'est pas prouvé. On ne voit pas comment ni à quelle époque l'Église aurait repris les terres des villes. En outre, si l'observation de Brunner était vraie, les concessions de cette nature n'auraient dû être faites que par les églises ; or il en est qui émanent certainement de laïques. Voy. la formule d'Anjou, n° 37, Zeumer, p. 16. Selon M. Esmein, ces baux perpétuels des formules d'Angers et de Tours, sont une imitation directe des *fundi perpetui* du domaine impérial. Toutes ces explications ont le tort de supposer nécessairement dans ces tenures l'existence d'un cens. Sans doute parfois dans l'Empire romain les biens de l'État ou d'une cité étaient concédés à perpétuité *dimpto canone*. Voy. par exemple Const. 13 et 14, *De fundis patrimonialibus*, 11, 61 ; Const. 9, *De fundis rei privatæ*, 11, 65 ; Const. 5, *De diversis prædiis urbanis*, 11, 69. Mais c'était là un fait exceptionnel, peut-être même un abus, tandis que dans nos formules, la suppression du cens nous paraît être l'application d'un système régulier.

(1) *Liber papiensis*, dans Pertz, *Leges*, IV, 543.

pour commettre de véritables spoliations aux dépens des églises et au profit des seigneurs. Nous aurons occasion de le relever en nous occupant des rapports de l'Église et de l'État. Constatons seulement pour le moment ce qui se passa au temps de Charles Martel. Désireux de s'attacher les Francs par d'immenses libéralités, il obtint du clergé le consentement volontaire ou forcé à ce que le prince pût distribuer ses terres à titre précaire à des laïques. Les évêques subirent cette cause d'expropriation à cause de la popularité du vainqueur des Arabes, mais l'Église en souffrit beaucoup. Elle fut dépossédée d'une partie de ses terres au profit des guerriers de Charles Martel. Sous Pépin le Bref, un capitulaire de 743 mit en apparence un terme aux abus qui avaient été commis, en établissant une sorte de transaction. L'Église et les monastères permettaient à Pépin de faire des concessions de terres sur les biens ecclésiastiques au profit de ses guerriers; mais ceux-ci étaient censés les tenir des églises et des monastères, lesquels touchaient un certain cens; ces tenures devaient être viagères; mais cependant à la mort d'un titulaire, le prince pouvait sous certaines conditions le remplacer par un autre; enfin, dans tous les cas, l'église ou monastère devait avoir le droit de rentrer dans la possession de tout ou partie de ces biens ainsi concédés, lorsque ceux qui avaient été conservés seraient devenus insuffisants (1). D'ailleurs, ces dispositions furent mal observées : les laïques, possesseurs de ces concessions, profitèrent des troubles du temps pour ne pas payer leurs redevances, et la faculté reconnue au roi de remplacer les concessionnaires décédés rendit sans effet la clause de retour. Beaucoup d'églises et de monastères furent en fait définitivement privés d'une partie de leurs biens (2).

De son côté, l'Église sut admirablement tirer parti de la concession à titre précaire toutes les fois que les circons-

(1) Capit. de 743, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 18. Cpr. Boretius, 18.
(2) Voy. Capit. de 853, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 424. Cpr. la lettre des évêques à Louis le Germanique, 858, dans Baluze.

tances se montrèrent favorables, pour accroître son influence, placer des personnes et des terres sous sa domination. Les églises et les monastères jouissaient fort souvent du privilège d'immunité qui enlevait aux fonctionnaires royaux le droit d'agir à un titre quelconque sur leurs terres; il leur était notamment interdit d'y rendre la justice et d'y lever des impôts. Rien n'était donc plus facile pour le petit propriétaire que d'échapper aux vexations des comtes ou autres fonctionnaires : il donnait sa terre à une église ou à un monastère et la reprenait à titre de précaire. De cette manière, le tenancier et son bien relevaient directement de l'Église. Ce fut la cause de ces nombreuses libéralités dont profita l'Église à cette époque. Ceux qui ne possédaient pas de biens, les infirmes, les orphelins, les veuves, accouraient aussi pour demander protection à l'Église. Le secours du roi leur faisait maintes fois défaut : à certains moments la monarchie était trop éloignée, à d'autres époques elle était devenue impuissante. Certaines personnes s'offraient aussi aux églises et aux monastères par esprit de détachement pour les biens de ce monde; les unes restaient libres, mais d'autres consentaient à se réduire à l'état de serfs de l'église ou du monastère. Aux uns et aux autres on accordait assez souvent des terres à cultiver : de tous on exigeait, comme signe de sujétion, certaines redevances ou prestations d'ailleurs fort minimes. Toutes ces personnes prenaient le nom d'oblats, parce qu'elles s'offraient en effet à l'église et au monastère. Par ces procédés, l'Église accrut son influence et donna la sécurité à un grand nombre de personnes (1). Ce fut aux dépens de la liberté individuelle et on l'a souvent reproché à l'Église (2). Mais, sous ce rapport, elle ne procédait pas autrement que les grands seigneurs laïques; ceux-ci s'attachaient aussi à attirer à eux les petits propriétaires avec leurs terres, et la concession à titre précaire leur servit,

(1) Voy. *Livre des serfs de Marmoutiers*, chap. 20 et 42. Cpr. aussi les textes cités par Flach, *Les origines de l'ancienne France*, p. 456 et suiv.

(2) Voy. par exemple les déclamations de Perreciot, *De l'état civil des personnes et de la condition des terres*, t. I, p. 24, 77, 428.

comme à l'Église, d'instrument pour arriver à ce résultat.

La tenure à titre précaire étant devenue le moyen le plus ordinaire de concéder la jouissance de sa terre à autrui à charge de redevance, on comprendra, sans difficulté, que les textes ne nous parlent pour ainsi dire pas des baux de la terre à courte ou longue durée tels que nous les comprenons aujourd'hui (1). De même, on ne rencontre que de simples mentions sur le colonat partiaire et sur la tenure en franche aumône (2). Faut-il conclure de là que l'emphytéose romaine, telle qu'elle était consacrée par le Code Théodosien, a complétement disparu en Gaule, tandis qu'elle s'est conservée en Italie? On en est réduit sur ce point à des conjectures. Il est hors de doute que l'emphytéose du Code Théodosien était surtout pratiquée pendant la période romaine par l'Etat, les villes et les églises; celles-ci ont préféré ensuite la concession à titre précaire. Mais il y avait peut-être déjà en Gaule, à l'époque romaine, des emphytéoses entre particuliers. Est-il permis d'affirmer qu'elles disparurent avec la domination romaine? Ce qui est certain, c'est qu'en France le *Petri exceptiones* est le plus ancien texte qui fasse mention de l'emphytéose. Mais, à cette époque, la législation de Justinien avait déjà pénétré dans notre pays (3).

Le bénéfice était, avec la précaire, la seule tenure libre usitée à l'époque franque. La plupart des peuples barbares ont connu et pratiqué le bénéfice. On le retrouve chez les Francs, dans la loi des Burgondes, qui, la première de toutes, a consacré sa transmission héréditaire (4), et aussi dans la loi des Visigoths. Il existait également des bénéfices en Italie sous la domination lombarde. Mais cette tenure ne fut

(1) Au contraire les formules de précaire parvenues jusqu'à nous sont très nombreuses. Voy. par exemple Rozière, form. 321 et suiv., p. 383 à 463 et les nombreux textes auxquels renvoie Zeumer, dans l'index alphabétique de son recueil de formules, v° *precaria*.

(2) Aussi nous réservons-nous d'en parler surtout dans la période suivante. Voy. pour la période actuelle, form. d'Anjou 30, dans Zeumer, p. 14; Thévenin, *op. cit.*, n° 5, p. 6, et n° 65, p. 79.

(3) Voy. à cet égard, Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, p. 261.

(4) Tit. I, § 3.

pas connue en Angleterre avant l'établissement des Normands. Ce dernier fait donne un sérieux argument à l'opinion suivant laquelle le bénéfice serait d'origine romaine plutôt que germanique (1).

Souvent les empereurs conféraient à des soldats des récompenses appelées *beneficia;* elles consistaient en terres ou en secours d'un autre genre. Dans le premier cas les soldats n'acquéraient pas toujours et nécessairement la pleine propriété; leur possession était souvent plus ou moins précaire (2). Il faut d'ailleurs reconnaître qu'on rencontre chez les Germains des coutumes qui ont pu préparer le bénéfice, notamment l'usage de la part des chefs de faire des libéralités à leurs fidèles (3). En Germanie, ils avaient donné des chevaux et des armes; en Gaule, ils concéderont des terres qu'on appellera bénéfices. Aussi beaucoup d'auteurs pensent-ils que le bénéfice a une origine germanique. A vrai dire, le bénéfice tient donc peut-être à la fois du droit romain et du droit germanique. On s'explique ainsi que dans la suite le mot *beneficium*, d'origine latine, soit devenu synonyme de *feodum* qui est un mot certainement germain (4). Cette tenure s'est tellement répandue, qu'on n'a pas tardé à prendre le mot bénéfice dans des sens très divers et très larges (5). On a aussi considéré comme telle une libéralité

(1) Voy. ce que j'ai dit à cet égard dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, p. 142.

(2) Voy. les textes cités par Lehuërou, *Histoire des institutions mérovingiennes*, p. 356, note 9 et 357, note 3. On lit dans Tertullien : « *His enim tribus modis aliena sumuntur jure, bene dominio non suppetente*. Tertullien, *Adversus Hermogenem*, c. IX, cap. 9.

(3) Tacite, *Germanie*, § 13 et 18.

(4) Cpr. Zöpfl, *Alterthümer des deutschen Reichs und Rechts*, t. I, p. 227. Voy. aussi les textes cités par Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 541.

(5) On a relevé jusqu'à cinq acceptions de ce mot : *Beneficium* signifie : 1° la libéralité par laquelle une personne en gratifie une autre (Rozière, form. 340; *Libri feudorum*, II, 23); 2° l'objet possédé en vertu de cette libéralité (Loi des Visigoths, IX. 2, 1 et 3; X, 1, 11; Pardessus, *Diplomata*, II, n° 386, p. 177); 3° le droit résultant de cette libéralité (Aimoin, *De gestis regum Francorum*, I, 4, dans Duchesne, t. III, p. 19); 4° le précaire est parfois aussi appelé *beneficium* (Rozière, form. 320, p. 382); 5° enfin ce mot désigne un contrat quelconque, par exemple un contrat de gage, un louage (Rozière, form. 375 et 395; lois de Rotharis, chap. 332).

faite par une personne à une autre et à ce titre des bénéfices ont pu être concédés par de simples particuliers comme par de puissants personnages, à des femmes comme à des hommes, à des serfs comme à des hommes libres et à des leudes (1). Mais dans un sens propre, celui qui concerne notre tenure, le bénéfice était une libéralité consistant en une concession de terres à charge du devoir de fidélité et assez souvent aussi d'autres obligations, notamment du service militaire. Celui qui voulait constituer un bénéfice, se proposait avant tout de faire une libéralité, comme le prouvent de nombreux textes ; aussi le mot *donatio* est-il assez souvent pris comme synonyme de bénéfice (2). Le plus souvent ces libéralités étaient faites par des rois, des églises, des monastères, des grands du royaume. Nous pouvons relever ici pour le bénéfice le même fait que pour la précaire : souvent des hommes cédaient leurs terres à un seigneur ou au roi, à charge de les conserver à titre de bénéfice (3). Aussi certains auteurs ont-ils soutenu que le bénéfice était né de la précaire et ils ont invoqué le silence des chroniqueurs de la première race pour prétendre que, pendant plusieurs siècles, on n'a pas connu cette tenure. Alors que les uns, comme Montesquieu et Mably, rattachent le bénéfice aux institutions germaniques, que d'autres, par exemple Guizot et Waitz, le font dater de la première époque mérovingienne et le voient dans les récompenses en terres accordées aux leudes et aux antrustions, une troisième opinion, professée notamment par Roth, enseigne que l'institution du bénéfice ne serait pas d'origine mérovingienne, mais daterait seulement des Carolingiens. Dans cette dernière doctrine, la première application du bénéfice aurait été faite par Charles Martel à la suite de la sécularisation des biens des églises et des monastères ; ces bénéfices ecclésiastiques auraient servi de type aux béné-

(1) Rozière, form. 337. — Diplôme de 829, dans le *Recueil des historiens des Gaules*, t. VI, p. 561. — Capit. *De villis*, cap. 50, dans Pertz, *Leges*, I, p. 185; Boretius, p. 87. — Polyptique d'Irminon, I, 29 et VI, 6.

(2) Voy. loi des Bavarois, tit. II, § 9. — Loi des Visigoths, V, 3, 1 et 4.

(3) Rozière, form. 216.

fices laïques de Charlemagne et, avant lui, de Pépin le Bref; les *seniores* auraient imité cet exemple dans leurs concessions de terres. Il faut bien reconnaître que toutes ces opinions contiennent une partie de la vérité; elles ne deviennent erronées que dans la mesure où elles s'excluent. A cette époque de confusion et aussi de formation, il est dangereux de donner une source unique à une institution. Le plus souvent celle-ci s'inspire du passé et des circonstances présentes. On peut donc dire, sans se tromper, que les institutions romaines et les institutions germaniques contiennent les prémisses des bénéfices; ceux-ci sont encore mal définis sous les Mérovingiens; ils prennent leur forme définitive sous les Carolingiens.

La question de l'hérédité des bénéfices n'est pas moins obscure. Les uns pensent que le bénéfice a revêtu jusqu'à quatre formes successives et différentes : d'abord révocable à volonté, puis temporaire, puis viager et enfin héréditaire. C'est l'opinion de Montesquieu, de Robertson et de Mably; mais elle n'est fondée que sur un passage des *Libri feudorum* et à l'époque où cette œuvre fut rédigée, on n'avait pour ainsi dire aucune notion sur le développement historique des institutions (1). Roth et Fustel de Coulanges n'admettent pas que le bénéfice, puisse être héréditaire; ils le regardent comme essentiellement viager. M. Fustel affirme même qu'il y a contradiction absolue entre les mots bénéfice et hérédité : qui dit bénéfice, dit absence de tout droit pour le concessionnaire (2). C'est là, comme on le voit, un argument de principe juridique, mais les vraies règles du droit sont précisément contraires. On conçoit très bien qu'une libéralité soit héréditaire, qu'elle soit même à la fois héréditaire et révocable; dans tous les cas aussi elle confère nécessairement certains droits. Aussi vaut-il mieux s'attacher aux textes pour trancher cette question. Il en résulte que les

(1) *Libri feudorum*, I, 1, § 1. — Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXX, ch. 16.

(2) *Les origines du régime féodal*, dans la *Revue des Deux-Mondes* du 15 mai 1873, p. 436 et suiv. Cpr. Roth, *Beneficialwesen*, p. 209 et suiv.

concessions à vie étaient très fréquentes (1), et les textes qui en constatent l'existence ne sont pas antérieurs au VIIe siècle. D'ailleurs il semble bien que ces concessions viagères étaient en principe irrévocables, à moins bien entendu de félonie; c'est ce qui résulte de la constitution de Clotaire Ier en 560; du traité d'Andelot; de la constitution de Clotaire II en 614 (2). L'hérédité des bénéfices paraît avoir éprouvé certaines résistances. Ces concessions héréditaires furent d'abord exceptionnelles et à titre purement gracieux. Pour soutenir le contraire et prétendre qu'il a existé dès les premiers temps de l'invasion des bénéfices héréditaires, on cite certains textes de lois barbares (3). Mais on a vu dans ces textes ce qui n'y est pas : il s'agit de donations en pleine propriété, comme l'a établi Roth, et non de concessions de bénéfices (4). Prétend-on cependant que ces textes font allusion à des bénéfices héréditaires, il faut alors reconnaître qu'ils sont tout à fait exceptionnels. Si l'hérédité des bénéfices avait été déjà sérieusement établie dans les lois barbares, il se serait alors produit dans cette institution un phénomène de dégénérescence que ne peuvent pas expliquer les partisans de cette opinion. Comment se fait-il que l'hérédité, étant de droit commun dès les premiers temps de l'invasion, la plupart des chartes nous présentent cependant les bénéfices camme temporaires et viagers? On remarquera d'ailleurs que le bénéfice viager est plus conforme aux institutions similaires de l'époque. N'est-ce pas déjà le caractère du précaire? Enfin la nature humaine est la même dans tous les siècles : celui qui veut donner s'y décide plus facilement s'il sait que sa libéralité est viagère; les bénéfices auraient été moins

(1) Grégoire de Tours, liv. VIII, § 22. — Diplôme de 690, dans Mabillon, I, p. 471. — Capit. de 757, cap. 9, dans Pertz, *Leges*, I, 28; Boretius, 38. — Diplôme de 849, dans Martène, I, p. 119. — Diplôme de 887 et 1025, dans d'Achery, III, p. 363 et 390.

(2) Pertz, *Leges*, I, 3, 6 et 15.

(3) Loi des Burgondes, tit. I, § 3. — Loi des Visigoths, V, 2, 2. — Lois de Rotharis, chap. 167.

(4) Tel est aussi le sens de la 14e formule du livre Ier de Marculfe. Zeumer, p. 52; Rozière, form. 147.

nombreux s'ils avaient dû se transmettre héréditairement. En résumé, le bénéfice fut à l'origine, de droit commun, viager; les concessions héréditaires s'établirent lentement. On a prétendu qu'elles n'étaient devenues générales qu'après le capitulaire de Kiersy.

Ce capitulaire eut pour objet de convertir les charges des comtes et les offices des vassaux en propriété privée ordinaire. On en a conclu qu'implicitement et par voie de conséquence *a fortiori*, les concessions à titre de bénéfice devinrent héréditaires. Cette conclusion nous paraît simplement exagérée et on a eu le tort, à notre avis, d'attribuer au capitulaire de Kiersy des effets directs qu'il n'a pas produits d'une manière générale. En promulguant ce capitulaire au moment de son départ pour l'Italie, en 877, le roi Charles le Chauve espérait s'assurer la fidélité des grands du royaume. Aux termes de ce capitulaire, si un comte vient à mourir, laissant un fils parti pour l'Italie avec l'Empereur, il sera pourvu par des commissaires à l'administration du comté jusqu'à ce que l'Empereur ait investi ce fils de la charge de son père; le comte ou le vassal vient-il à mourir en laissant un enfant mineur, il sera également pourvu à l'administration de l'office jusqu'à la majorité du fils, lequel remplacera alors son père dans la charge. Les mêmes dispositions seront observées pour les vassaux des comtes, des évêques et des abbés. Le capitulaire de Kiersy comprenait donc en réalité deux dispositions : il assurait au fils la transmission héréditaire des fonctions du père, à la condition que ce fils fût présent et majeur; dans le cas contraire, il lui en garantissait la survivance.

On peut admettre sans difficulté qu'à partir de cette époque les bénéfices royaux sont devenus héréditaires comme les fonctions. Cette hérédité n'a pas soulevé en France de sérieuses contestations. Ainsi en 989 un comte partage entre ses enfants les bénéfices et offices qu'il tient du roi, comme s'il s'agissait d'une succession ordinaire (1). Mais déjà aupa-

(1) Continuateur de Réginon, dans Pertz, *Scriptores*, I, 620.

ravant certains princes avaient admis et consacré le principe de l'hérédité (1). D'un autre côté, on ne voit pas pour quel motif l'hérédité des bénéfices royaux étant établie, ceux concédés par des particuliers, évêques, comtes, propriétaires, auraient nécessairement pris le même caractère. L'hérédité de ces derniers bénéfices fut au contraire assez longue à s'introduire. On rencontre encore aux xe et xie siècles des bénéfices viagers (2). Lorsque l'hérédité des fiefs fut établie, on se permit cependant dans certains cas d'y déroger (3). En Angleterre, l'hérédité des bénéfices ou fiefs n'a jamais empêché de faire fort souvent des concessions à titre purement viager (4).

En retour du bénéfice qu'il confère, le concédant acquiert certains avantages qui ne sont pas sans valeur. Parfois même il lui arrive de donner en bénéfice des terres incultes pour qu'elles soient mises en culture et alors les avantages qu'il retire de la tenure valent bien le sacrifice qu'il fait (5). Le bénéficiaire doit conserver en bon état la terre qui lui a été confiée. Les abus de jouissance pourraient entrainer la commise et on considérerait comme tel le fait de sa part de convertir son titre en propriété sans la permission du concédant (6). Il est également tenu de donner les redevances, de rendre les services qu'il a promis. Sous ces rapports, comme on le voit, le bénéfice ne diffère pas du précaire. On a prétendu que le bénéficier doit, à ce titre, la fidélité, et le ser-

(1) Voy. par exemple décret de Tassilon, chap. 8, dans Pertz, *Leges*, III, 460. — Lois de Luitprand, chap. 59, Pertz, *Leges*, IV, 131.

(2) Cartulaire de Saint Symphorien d'Autun, cité par Flach, *op. cit.*, p. 127 note. — Cartulaire de Bèze, dans d'Achery, II, 417. — Cpr. d'Espinay, *Etudes sur le droit de l'Anjou au moyen âge*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. VIII, p. 546.— Meyer et Longnon, *Raoul de Cambrai*, p. XXXII.

(3) Voy. par exemple Tuetey, dans les *Archives des missions scientifiques*, 3e série, t. VI, p. 334.

(4) Nous avons consacré de si longs développements à cette question des fiefs, viagers dans les tomes II, III, IV de l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, que nous nous bornons ici à une simple indication.

(5) Dipl. de 815 et 844, dans Baluze, II, p. 932 et 957, éd. de Venise de 1773.

(6) Capit. de 802, cap. 4 et 6; de 803, cap. 3; de 806, cap. 7; de 812, cap. 7; de 846, cap. 20. Pertz, *Leges*, I, p. 91, 122, 144, 174, 389; Boretius, p. 91, 146, 131, 177.

vice militaire. Mais n'est-ce pas plutôt en qualité de *commendatus* ou de *vassus* qu'il est tenu de la fidélité, de telle sorte qu'il y serait obligé même s'il n'avait reçu aucune terre? Quant au service militaire, on sait qu'il était dû par tous les hommes libres et certains auteurs en ont conclu qu'il n'était pas non plus une conséquence nécessaire du bénéfice. Il est certain qu'un bénéfice pouvait être concédé sans obligation spéciale de service militaire : on en a des exemples dans le polyptique d'Irminon (1). Mais on peut aussi admettre sans difficulté que la charge du service militaire ait été spécialement imposée à certains bénéfices. Les Barbares n'avaient-ils pas rencontré des concessions de ce genre et même héréditaires dans l'Empire romain? Sans doute tout sujet franc ou romain était tenu du service militaire, mais en fait il devait être souvent difficile de l'imposer à un homme libre qui ne possédait aucun héritage. En attachant l'homme à la terre, on était plus sûr de le trouver au moment donné et on lui faisait un devoir plus rigoureux de prendre les armes.

Sous les Carolingiens le service militaire subit d'importants changements. Sans supprimer le principe de l'obligation pour tous, on tendit à faire peser cette charge surtout sur les possesseurs de terre. Par cela même qu'ils possédaient quelques biens, ils entraient plus facilement en campagne : ils pouvaient en effet s'équiper sans peine. Or il fallait maintenant des armées d'une concentration rapide et capables de se transporter à de grandes distances. La recommandation avait gravement compromis le recrutement : couverts par la protection du *senior*, les hommes ne répondaient pas à la convocation du roi. C'étaient encore les comtes qui levaient le plus facilement le contingent sur les pauvres, mais on se plaignait de leur dureté et des injustices qu'ils commettaient en dispensant à prix d'argent les riches de venir à l'armée (2). Les

(1) Ed. Guérard, II, p. 25, 89, 280.
(2) Voy. par exemple capit. de 811, cap. 3, dans Pertz, *Leges*, I, p. 168. Boretius, 167.

capitulaires de Charlemagne enlevèrent en partie aux comtes leurs attributions en matière de recrutement et les transportèrent aux *seniores*. Tout seigneur devait conduire ses hommes en personne s'il prenait part à la guerre; dans le cas contraire, il était tenu de les envoyer au comte. On se rappelle comment le service militaire avait été mis dans une large mesure en rapport avec la possession du sol : le propriétaire de trois manses devait le service en personne; ceux qui possédaient moins se réunissaient de manière à former une unité de trois manses. Celui qui ne possédait pas de terre mais des meubles pour une valeur de cinq sous d'or, devait se réunir avec cinq autres hommes possédant la même fortune et à eux tous ils fournissaient un homme.

Les dispositions du capitulaire d'Aix-la-Chapelle de 807 furent modifiées par un capitulaire un peu postérieur : le service militaire personnel ne fut plus imposé qu'aux possesseurs de quatre manses; deux hommes ayant chacun deux manses ne devaient qu'un homme. Quant au titulaire d'un bénéfice, quelle que fût la valeur de ce bénéfice, il était tenu de partir en personne à la guerre et d'emmener avec lui tous ses vassaux; il ne pouvait en laisser qu'un très petit nombre pour la garde de sa famille et de ses biens, deux pour sa femme, deux pour ses biens (1).

En même temps que Charlemagne réorganisait ainsi l'armée, il s'attachait à réglementer les bénéfices et à soumettre ceux qui les tenaient du roi à des obligations plus particulièrement rigoureuses. La tendance manifeste des capitulaires de généraliser les bénéfices et de lier les hommes entre eux par des devoirs de fidélité est souvent attestée par les textes. Ainsi les capitulaires donnent à tout homme libre le droit de se choisir un seigneur à son gré, le serment qu'il

(1) Capit. de 807, dans Pertz, *Leges*, I, 149; Boretius, p. 134. — Capit. *De exercitu promovendo*, dans Pertz, *Leges*, I, 118. Cet auteur place ce capitulaire en 803; mais la plupart des auteurs le croient postérieur au capitulaire de 807 d'Aix-la-Chapelle, sans pouvoir lui attribuer une date précise. Boretius, p. 137, lui assigne l'année 808.

lui prête l'oblige à le servir jusqu'à la mort (1). Quant aux bénéficiers directs du roi, ils sont, en cette qualité, tenus d'un service militaire plus rigoureux que les autres sujets. Ceux-ci ne doivent se rendre à l'armée qu'à une certaine époque et pour un temps déterminé, tandis que les bénéficiers du roi doivent nécessairement le service personnel, quelle que soit leur fortune, à tout moment et sans limite de temps (2).

Ainsi compris, le bénéfice est déjà la première forme du fief. Certains seigneurs féodaux seront même plus tard beaucoup moins rigoureusement tenus du service militaire.

Aux tenures libres, représentées par la précaire et le bénéfice, on oppose, sous la monarchie franque, les tenures serviles. Les Romains connaissaient déjà ces tenures, car il faut bien y faire rentrer les terres possédées par les colons et par les lites. On doit y ajouter ensuite les tenures des serfs. Ces serfs de la glèbe sont-ils nés des institutions romaines ou des institutions germaniques, ou des unes et des autres? La question ne comporte pas une solution absolument certaine (3). Le colonat romain offre, il faut bien le reconnaître, la plus grande analogie avec le servage et, à l'époque franque, si le colon est encore placé dans la condition de la demi-liberté, cependant il ne s'éloigne pas beaucoup du serf. On ne peut pas dire, à proprement parler, qu'ils soient l'un et l'autre de conditions différentes; ils sont bien plutôt placés à des degrés divers dans la même condition. D'un autre côté, Tacite nous apprend que, déjà chez les Germains, certains esclaves étaient spécialement chargés de la culture de la terre et jouissaient d'une liberté partielle. Certains auteurs ont affirmé que ce passage de Tacite consacre aussi le servage de la glèbe. Mais à notre avis, comme nous l'avons déjà

(1) Cap. de 787, cap. 5, Boretius, 199. — Capit. de 801 à 813, cap. 16, Boretius, 172. — Capit. de 805, cap. 9, Boretius, 124. — Capit. de 807, cap. 2, Boretius, 135.

(2) Capit. de 807, cap. 1, Boretius, 134. — Capit. *De causis diversis*, cap. 3, Boretius, 136. — Capit. de 811, cap. 5, Boretius, 167.

(3) Voy. sur cette matière Yanoski, *De l'abolition de l'esclavage ancien au moyen âge et de sa transformation en servage de la glèbe*, Paris, 1860.

observé précédemment, c'est là une erreur. Le servage de la glèbe implique une attache à la terre et Tacite ne mentionne pas cette condition essentielle. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'en parlant de ces esclaves, Tacite les distingue très nettement des autres esclaves (1). On peut donc admettre que les institutions romaines et celles des Germains se sont rencontrées pour fonder le servage de la glèbe. L'Eglise a beaucoup contribué à son développement; par ce moyen elle assurait des cultivateurs à ses terres. D'ailleurs cette transformation de l'esclavage antique en servage de la glèbe consacrait un véritable progrès. Le serf de la glèbe jouissait en fait d'une certaine indépendance. Ses services étaient plus bas et ses redevances plus fortes que celles des colons, souvent même il les devait à merci; mais cependant dans nombre de domaines, notamment dans ceux du roi et de certains abbayes, le serf était assujetti à un cens invariable (2). S'il ne possédait en principe aucun droit civil, s'il ne pouvait pas contracter sans l'autorisation de son maître, si toutes ses acquisitions profitaient à ce maître qui avait le droit de lui accorder comme de lui retirer un pécule (3), cependant on lui reconnaissait certains droits de famille; ainsi il contractait mariage légitime avec le consentement de son maitre, et sa femme était appelée *uxor* (4). Sans doute son vergeld était réduit à trente-cinq sous (5). Sans doute encore il était soumis au châtiment servile (6). Mais cependant le

(1) *Germanie*, § 25, pour les esclaves de la terre; § 20, 24 et 40, pour les esclaves ordinaires.

(2) Loi des Alamans, tit. XXII, § 1, 2 et 3. — Loi des Bavarois, tit. I, § 13. — Capit. de 817, cap. 4, dans Pertz, *Leges*, I, 214; Boretius, 287. — Placitum de 861, dans le *Recueil des historiens des Gaules*, VIII, p. 567. — Voy. cependant des serfs soumis à des services arbitraires dans le *Polyptique d'Irminon*, VI, 54; XX, 32. Guérard, *op. cit.*, t. II, p. 59 et 212.

(3) Loi des Visigoths, V, 4, 13, 14, 15 et 16. — Loi des Burgondes, tit. XXI, § 1 et 2. — *Diplomata*, t. II, p. 257.

(4) *Polyptique d'Irminon*, IX, 213; XXV, 33, éd. Guérard, t. II, p. 105 et 175. — Eginhard, *Epist.*, 16, dans le *Recueil des historiens des Gaules et de la France*, t. VI, p. 372.

(5) *Lex salica emendata*, tit. XXXVII, § 6.

(6) Loi des Visigoths, IX, 1, 1. — Loi des Burgondes, tit. VI. — Loi de

maitre ne pouvait pas, sous peine d'encourir l'excommunication, le mettre à mort sans la permission de la justice (1). Nous nous bornons à rappeler ces différents points, car nous nous sommes déjà expliqué à ce sujet en parlant de la condition des personnes. En fait et surtout à la fin de notre période, la différence n'est pas sensible entre le serf et le colon et si l'on ajoute que l'esclavage de l'antiquité a complétement disparu, on est bien obligé de reconnaître que de grands progrès se sont accomplis.

De même qu'il existait des ingénus, des colons, des lites et des serfs, de même on distinguait, dans le domaine d'un grand seigneur, par exemple d'une abbaye, trois sortes de manses, *ingenuiles*, *lidiles* et *serviles*. Le manse n'était pas une tenure, mais une unité territoriale et constituait tout un petit domaine comprenant une habitation, des bâtiments accessoires, jardins, vergers, champs, prés, vignes, terres incultes, etc. Les manses d'un même domaine pouvaient être inégaux en étendue; ils étaient parfois d'une égalité complète et on a vu dans ce dernier fait un souvenir de la mark, mais bien à tort selon nous, car rien ne confirme cette conjecture et le bon plaisir du propriétaire suffit ici pour tout expliquer. Il est moins aisé de comprendre pour quel motif on divisait les manses en *ingenuiles*, *lidiles* ou *serviles*, d'autant plus que les documents parvenus jusqu'à nous nous présentent des manses *ingenuiles* tenus par des serfs, des manses *lidiles* par des colons et des manses *serviles* possédés par des lites; ajoutez que tous ces manses, sans aucune distinction, étaient tenus de services et de redevances de même nature, mais non d'égale valeur. Toutefois, les hommes libres ne possédaient pas en principe de manses *serviles* et les manses *ingenuiles* étaient les plus importants; puis venaient les *lidiles* et les *serviles*. Tels sont du moins les renseignements que nous

Rotharis, chap. 278. — Capit. de 817, cap. 1 et 6, dans Pertz, *Leges*, I, 214 et 215, Boretius, 287.

(1) Concile d'Agde de 506, cap. 62, dans Sirmond, I, p. 520. — Loi des Burgondes, tit. XXI, § 1 et 2.

fournit le polyptique d'Irminon (1). Suivant Maurer, les manses *ingenuiles* étaient d'abord possédés par des hommes libres et francs de toutes charges. Dans la suite, ces hommes libres auraient payé redevance et par ce côté se seraient rapprochés des colons, et même des serfs, mais ils seraient d'ailleurs restés ingénus. Cette doctrine n'explique pas comment il se fait que des manses *ingenuiles* étaient tenus par des serfs. Aussi Guérard en a-t-il proposé une autre : à l'origine la plupart des manses auraient été possédés par des hommes libres, mais plus tard, par suite du manque de travailleurs libres, les propriétaires auraient divisé ces manses en accordant les plus petits lots aux serfs et à charge de redevances plus lourdes. A notre avis, cette division des manses se rapporte à leur origine : le manse était *ingenuile*, *lidile* ou *servile* suivant la condition de son premier tenancier. Mais on ne voit pas d'ailleurs pour quel motif un manse *ingenuile* n'aurait pas été tenu de redevances. Plus tard un manse a pu, par suite de circonstances très diverses, retourner au propriétaire et être concédé à un nouveau tenancier. Cette circonstance n'a pas changé la nature du manse; mais en fait lorsqu'un manse *ingenuile* a passé entre les mains d'un serf, le maître a pu profiter de l'occasion pour augmenter les redevances et les services. Ce procédé était incontestablement le plus avantageux pour le maître. Aussi s'explique-t-on que les manses *ingenuiles* aient été assez souvent tenus par des serfs et que les redevances de tous les manses aient été d'un poids à peu près égal aux VIII^e^ et IX^e^ siècles. Mais auparavant, les manses *ingenuiles* étaient bien certainement plus importants et moins imposés que les manses *lidiles* ou *serviles* et c'est ce qui permet aussi à une certaine époque et dans des cas assez nombreux de distinguer les divers manses d'après leur étendue et la charge de leurs redevances.

Il y avait des domaines dans lesquels par exception les

(1) Voy. par exemple, II, p. 3, 12, 21, 58, 60, 74, 138, 139, 140, 220, etc.

hommes libres possédaient des tenures serviles (1). En pareil cas, la condition de l'homme libre, en tant que tenancier, devait varier à l'infini. Il n'est donc pas possible d'affirmer *a priori* que ces tenures aient été irrévocables et héréditaires. Il en était autrement de celles des colons et des lites. Quant aux tenures des serfs, aucun texte ne nous renseigne sur ce point. On peut conjecturer que la condition des serfs s'étant rapprochée de celle des colons, leur tenure était devenue irrévocable et héréditaire vers le IX^e siècle, tout au moins dans les domaines ecclésiastiques (2). Mais il n'est pas permis de l'affirmer avec certitude. Dans tous ces domaines, il existait des coutumes spéciales, des usages particuliers, pour régler les rapports des tenanciers entre eux ou avec le propriétaire (3). C'est ce qu'on appelait l'*antiqua consuetudo*, le *jus curtis*, le *jus curiæ*. Lorsqu'une difficulté s'élevait entre ces personnes, on leur appliquait cette coutume locale. En sa qualité de propriétaire, le *dominus* jugeait ses tenanciers, colons, lites et autres personnes établies sur sa terre, même les hommes libres. D'ailleurs ces mêmes tenanciers l'assistaient comme juges, témoins ou cojureurs (4). Cette justice patrimoniale siégeait une ou plusieurs fois par an, ordinairement trois fois, dans un lieu consacré par l'usage et elle instruisait les affaires d'après la procédure du droit commun (5). Il ne faut pas confondre cette juridiction du propriétaire avec celle de l'immuniste. L'une s'exerçait de plein droit en vertu même de la propriété, mais elle concernait seulement les tenanciers entre eux ou dans leurs rapports avec le maître;

(1) Voy. Guérard, *Polyptique d'Irminon, Prolégomènes*, § 109. — *Recueil des historiens des Gaules*, t. VII, p. 108.

(2) Guérard, *Prolégomènes du polyptique d'Irminon*, I, 252.

(3) Loi des Burgondes, tit. LVII. — Capit. *De villis*, cap. 3; capit. de 817, cap. 4; capit. de 864, cap. 29, dans Pertz, *Leges*, I, p. 181, 214, 495; Boretius, p. 83, 287.

(4) Capit. de 803, cap. 2; capit. de 812, cap. 2; capit. de 864, cap. 18; Pertz, *Leges*, I, p. 113, 174, 492; Boretius, p. 113, 176. — Rozière, form. 473, 482, 488, 489. — Dipl. de 823, dans Schöpflin, I, p. 70.

(5) Capit. *De villis*, cap. 56, dans Pertz, *Leges*, I, p. 185; Boretius, 86. — Dipl. de 823, dans Schöpflin, I, p. 70. — Rozière, form. 473, 488, 489, 490.

elle appliquait le *jus curtis* (1). L'autre, au contraire, était concédée par le roi et s'exerçait au nom du roi, sur tous les hommes, tenanciers ou non, qui habitaient les terres où elle existait et enfin elle appliquait le droit commun (2). Le propriétaire d'un grand domaine jouissait ainsi, surtout à raison de ses droits de justice, d'une sorte de souveraineté territoriale et son autorité est parfois désignée dans les textes sous le nom de *mitium* (3). Ce pouvoir du propriétaire foncier est plus large que le *mundium;* celui-ci résulte d'un lien personnel, tandis que celui-là est une conséquence du droit de propriété. Aussi le *mitium* s'exerce-t-il sur tous les habitants du domaine, même s'ils ne se rattachent pas au propriétaire par la servitude, le colonat ou la recommandation. Le *mitium* est ainsi bien plus près du régime féodal que le mainbour (4). Si l'on veut se former une idée des vastes domaines de ce temps et des tenures qui en dépendaient, il suffit de se reporter aux beaux travaux de Guérard sur le *Polyptique d'Irminon*. On y voit que, tout au moins pour le domaine de Saint-Germain-des-Prés, les manses *ingenuiles* forment l'immense majorité; sur 1646 manses, 1430 sont *ingenuiles*, 25 *lidiles* et 191 *serviles*. Le même fait se constate encore ailleurs (5).

(1) Lorsqu'un étranger voulait agir contre un tenancier, il devait former sa demande devant le tribunal du comte. *Lex emendata*, tit. LII, § 1.

(2) Rozière, form. 16.

(3) Le mot *mitium* a donné lieu à de très vives controverses parmi les savants. Son sens est en effet assez difficile à saisir. Dans la loi salique, il est parlé de *mithium, strastatidum, frasithum, fristitum*, ce qui paraît bien se référer à la violation d'un droit (tit. XXXVII, § 3; tit. LXVI). Parfois *mitium* est employé comme synonyme de *curtis* ou de *casa* et il concerne alors la propriété foncière. Voy. en sens divers sur le *mitium*, Schäffner, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, I, p. 278. — Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 3e éd., t. II, p. 426. — Brunner, *Mithio und sperantes*, dans les *Juristische Abhandlungen, Festgabe für Beseler*, Berlin, 1885. — Flach, *Les origines de l'ancienne France*, p. 88.

(4) Il est fort possible que, dans l'origine, le mot *mitium* ait été pris comme synonyme de *mundium;* c'est seulement dans la suite que la différence s'est accentuée.

(5) Voy. Maurer, *Geschichte der Fronhöfe*, t. I, p. 354. — *Breviarium rerum fiscalium*, dans Pertz, *Leges*, I, 177; Boretius, 250. — *Codex Laureshamiensis*, t. III, p. 218, 221 et 222. — *Charta bonorum Maurimonasterii*, anno 1120, dans Schöpflin, *op. cit.*, t. I, p. 198 et suiv.

## § 12. — L'IMMUNITÉ.

La concession du bénéfice de l'immunité a aussi beaucoup contribué à la formation du régime féodal (1). Pour bien comprendre ce privilège de l'immunité qui a donné lieu à de délicates et nombreuses controverses, il faut avant tout rechercher les effets de l'immunité tels qu'ils résultent des chartes de concession et des formules parvenues jusqu'à nous. C'est là un point de départ solide qui nous permettra de déterminer ensuite la nature et les caractères de l'immunité, d'en rechercher l'origine, et enfin d'en suivre le développement et l'influence jusqu'à l'époque de la féodalité. Nous possédons en effet un certain nombre de diplômes contenant de la part des rois des concessions d'immunité. Ces actes sont peu nombreux jusqu'au règne de Dagobert I<sup>er</sup>; l'authenticité de plusieurs est contestée ; aucun d'eux ne nous donne une idée complète de l'immunité ; ce qui apparaît le plus clairement, c'est l'exemption d'impôt et il est même possible, à notre avis, que quelques-uns de ces actes soient plutôt des chartes de mainbour personnel que des concessions d'immunité (2). A partir du règne de Dagobert, nous possédons un grand nombre de diplômes mérovingiens conférant l'immunité à des églises ou à des monastères (3). La plupart

(1) L'immunité a fait, dans ces derniers temps, l'objet de travaux nombreux et importants. Le plus remarquable est sans contredit celui de M. Fustel de Coulanges, dont nous adoptons en général les conclusions. Cpr. Fustel de Coulanges, *Étude sur l'immunité mérovingienne*, dans la *Revue historique* (de Monod), t. XXII, p. 249 et suiv.; t. XXIII, p. 1 et suiv.—Voy. aussi Prost, *L'immunité*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. VI, p. 113 et suiv., 262 et suiv. — Beauchet, *Origines de la juridiction ecclésiastique et son développement en France jusqu'au XII<sup>e</sup> siècle*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. VII, p. 387 et 503. — Flach, *Les origines de l'ancienne France*, p. 156 et suiv.—Quant aux travaux antérieurs, on en trouvera l'indication dans l'article de M. Fustel de Coulanges, dans la *Revue historique* (de Monod), t. XXII, p. 256, note 1. Voy. surtout Sickel, *Beiträge zur Diplomatik*, V, p. 2 et suiv.

(2) Voy. *Diplomata*, I, n<sup>os</sup> 58, 64, 87, 88, 89, p. 30, 34, 57, 58, 59. Les diplômes 58 et 64 sont apocryphes.

(3) Voy. *Diplomata*, II, n<sup>os</sup> 258, 268, 270, 281, 282, 291, 322, 336, 337, 341, 367, 368, 372, 397, 400, 402, 403, 417, 428, 441, 444, 445, 463, 482, 486, 495, 515, 522, 531, 542, 568, 570. On trouvera un court exposé relatif à tous ces diplômes dans le travail de M. Fustel de Coulanges, *op.* et *loc. cit.*, t. XXII, p. 250 et suiv.

nous sont arrivés par des copies du IXe ou du Xe siècle ; mais nous possédons cependant quelques originaux, notamment un diplôme de Childebert III en faveur du monastère de Saint-Maur, un autre du même prince en faveur du monastère de Trissonval et un autre de Childebert II en faveur de l'abbaye de Saint-Denis (1). Si l'on rapproche toutes ces chartes, il est facile de se convaincre qu'elles contiennent en général les mêmes clauses et, pour la forme, qu'elles ont été rédigées d'après des modèles dont se servaient les scribes des bureaux de la chancellerie royale. La preuve devient encore plus manifeste lorsqu'on compare les originaux ou copies de ces chartes des six formules d'immunités consignées par Marculfe dans son Recueil et ce moine, on s'en souvient, nous apprend lui-même qu'il entend faire connaître les formules employées *in palatio aut in pago* (2).

La concession de l'immunité apparaît comme une faveur que le roi concède sous la forme d'une véritable ordonnance royale aux possesseurs de certains domaines. Le roi a seul le droit d'accorder ce bénéfice. On ne saurait dire sérieusement qu'il appartienne aussi à ses fonctionnaires, puisque l'immunité est, tout au contraire, comme nous le verrons bientôt, dirigée contre eux. Il ne semble même pas que le roi ait besoin, comme pour d'autres actes, du consentement de certains grands (3).

La plupart des diplômes parvenus jusqu'à nous et qui appartiennent à l'époque mérovingienne ont été concédés à

(1) *Archives nationales*, K. 3, 123 ; K. 3, 10; K. 3, 17. Le premier de ces diplômes a été publié par Bordier, dans la *Bibliothèque de l'École des chartes*, 1849, p. 59; par Pertz, *Diplomata*, p. 64; par Tardif, *Monuments historiques, cartons des rois*, n° 41, p. 34. Le second diplôme se trouve dans Pardessus, *Diplomata*, n° 436. Il en est de même du troisième, *Diplomata*, n° 495, lequel a été également publié par Tardif, dans ses *Monuments historiques*, p. 38.

(2) Marculfe, liv. I, form. 2, 3, 4, 14, 17, Zeumer, p. 41, 43, 44, 52, 54, 200, et form. 44 de l'appendice; Rozière, form. 16, 20, 23, 147, 152.

(3) Le roi dit souvent dans la charte qu'il la concède pour le salut de son âme; cette phrase ne signifie pas, à notre avis, qu'il la concède de son plein gré, comme le croit M. Fustel, *op.* et *loc. cit.*, p. 265. C'est tout simplement une formule banale introduite sous l'influence de l'Église et qui se retrouve dans presque tous les actes, dans ceux des simples particuliers comme dans ceux des rois.

des églises ou à des monastères. Il ne faudrait pas en conclure que l'immunité ait été réservée à l'Église, mais on ne doit pas non plus admettre qu'elle était, du moins dans les premiers temps, accordée aussi largement aux grands seigneurs laïques qu'aux églises et monastères. Ceux-ci avaient leurs archives et il semble bien que les grands seigneurs en possédaient aussi, de même qu'ils avaient des trésors, mais elles étaient moins bien tenues et sujettes à de nombreuses causes de perte. C'est ce qui explique comment il se fait que les diplômes concédés à des clercs soient arrivés en plus grand nombre jusqu'à nous ; mais les laïques obtenaient aussi des chartes d'immunité, moins souvent toutefois semble-t-il que les églises et les monastères (1).

Dans ces chartes d'immunité, le roi s'adresse à ses fonctionnaires, ducs, comtes, vicaires, centeniers, seigneurs ou autres (2). Il leur interdit d'entrer, eux ou leurs subordonnés (*juniores*), sur les domaines de l'immuniste pour y rendre la justice, y percevoir les amendes, y prendre des fidéjusseurs ; ils ne doivent pas davantage exiger le droit de gîte ni aucune des redevances auxquelles pouvait prétendre auparavant le fisc royal (3). Les interdictions adressées aux fonctionnaires

(1) Voy. à cet égard Prost, *op.* et *loc. cit.*, p. 122. — Fustel de Coulanges, *op.* et *loc. cit.*, p. 267.

(2) Voy. par exemple, *Diplomata*, I, n° 136, p. 101 ; II, n°s 258, 268, 337, 428, 463, 482, 515, 570, p. 17, 31, 115, 226, 267, 290, 327, 384.

(3) ... *Igitur noverit solertia vestra, nos ad peticionem apostolico vero domno illo, illius urbis episcopo, talem pro æterna retributionem beneficium visi fuimus indulsisse, ut in villas ecclesie domni illius, quas moderno tempore aut nostro aut cujuslibet munere habere videtur, vel quas deinceps in jure ipsius sancti loci voluerit divina pietas ampliare, nullus judex publicus ad causas audiendas aut freta undique exigendum quoque tempore non presumat ingredire; sed hoc ipse pontifex vel successores ejus propter nomen Domini sub integra emunitatis nomine valeant dominare. Statuentes ergo, ut neque vos neque juniores neque successores vestri nec nulla publica judiciaria potestas quoque tempore in villas ubicumque in regno nostro ipsius ecclesiæ aut regi aut privatorum largitate conlatas, aut qui inantea fuerint conlaturas, ad audiendas altercationes ingredire, aut freta de quaslibet causas exigere, nec mansiones aut paratas vel fidejussores tollere non presumatis; sed quicquid exinde aut de ingenuis aut de servientibus ceterisque nationibus, qui sunt infra agros vel fines seo super terras predictæ ecclesiæ commanentes, fiscus aut de freta aut undecumque potuerat sperare, ex nostra indulgentia pro futura salute in luminaribus ipsius ecclesiæ*

du roi peuvent donc être groupées en deux classes. Les unes concernent l'administration de la justice, les autres sont relatives aux impôts ou autres redevances.

Et d'abord il est interdit aux fonctionnaires publics, notamment aux comtes, d'entrer sur le domaine de l'immunité *ad audiendas causas*. Ce terme a été diversement interprété. Selon M. Prost, l'immunité n'enlève pas aux fonctionnaires du roi le droit de rendre la justice aux habitants du domaine privilégié, mais seulement celui de pénétrer dans les terres de ce domaine pour y tenir le plaid. L'immuniste et ses hommes restent donc soumis à la justice du comte, civile ou criminelle, mais ce fonctionnaire royal est tenu d'instruire les causes, *audire causas*, hors des terres de l'immuniste (1). Cette interprétation de ces deux mots nous paraît tout à fait erronée; *audire causa* signifie, dans la langue mérovingienne, juger les procès et non pas seulement les instruire. C'est ce qui résulte nettement de plusieurs textes et notamment d'un passage de Flodoard où ce chroniqueur, en nous parlant du privilège d'immunité accordé à l'église de Reims, nous dit qu'il en résultait pour les fonctionnaires royaux, l'interdiction de *judicia facere* (2). Remarquons d'ailleurs que le privilège d'immunité devient, avec la doctrine de M. Prost, bien plutôt une cause de gêne et d'embarras qu'une faveur pour l'immuniste. Du moment qu'on doit être jugé par un fonctionnaire royal, le mieux est encore que ce fonctionnaire se rende sur les lieux : on évite ainsi des dérangements aux plaideurs, l'instruction pourra être plus facile et plus sûre. En interdisant aux magistrats royaux de pénétrer dans les domaines de l'immuniste pour y rendre la justice, le roi indique par cela même aussi l'étendue et la limite du bénéfice : le juge royal ne pourra pas connaître des contestations nées entre l'immuniste et ses hommes ou

*per manus agentium eorum proficiat in perpetuum*... Rozière, form. 16, p. 17, Zeumer, p. 43.

(1) Prost, *op.* et *loc. cit.*, p. 137 et suiv.

(2) Flodoard, *Historia remensis ecclesiæ*, II, 11 et 17. Voy. aussi loi des Alamans, tit. XLI.

entre habitants du domaine privilégié ; mais pour toutes les autres causes, il reste compétent, c'est-à-dire pour les procès qui peuvent s'élever entre l'immuniste ou ses hommes d'une part et de l'autre des personnes étrangères à l'immunité.

La défense de juger emporte tout naturellement interdiction de percevoir les *freda*, c'est-à-dire la part de la composition qui est due au roi et dont une portion reste entre les mains du comte. Ce *fredum* est considéré comme une sorte de rémunération de la justice rendue (1) ; le comte n'ayant pas jugé, ne peut prétendre à sa part du *fredum*. A la rigueur la charte aurait pu se dispenser de parler de cette interdiction de lever le *fredum*. Si l'on s'en expliquait, c'était par simple mesure de prudence. Il faut en dire autant de la défense faite au fonctionnaire royal de prendre des répondants, *tollere fidejussores*. Nous verrons plus loin que l'accusé d'un crime pouvait cependant demeurer en liberté jusqu'au jour du jugement, à la condition de trouver des fidéjusseurs disposés à garantir sa comparution en justice (2) et à répondre de l'exécution du jugement, c'est-à-dire du paiement de la condamnation et de l'amende (3). Ces dispositions, destinées à protéger la liberté individuelle, devinrent, de la part des fonctionnaires royaux, la cause d'abus incessants. De nombreux textes nous montrent ces fonctionnaires obligeant certaines personnes, bon gré, mal gré, à se porter répondants pour autrui (4). Il était prudent de s'expliquer sur ce point pour protéger l'immuniste et ses hommes contre ces abus et les termes généraux des formules semblent bien établir qu'ils ne pouvaient être pris comme répondants ni pour d'autres hommes de l'immunité, ni même pour des

(1) Loi des Visigoths, II, 1, 25. — Loi des Bavarois, tit. II, § 15. — Loi salique, tit. L. — Capit. de 801, cap. 24, Pertz, *Leges*, I, 86. — Nous ne savons pas dans quelle proportion le *fredum* se partageait chez les Francs entre le roi et le comte.

(2) Au jour du jugement, l'accusé était amené par les répondants eux-mêmes. Grégoire de Tours, liv. VI, § 11; liv. VIII, § 7 et 43.

(3) Grégoire de Tours, liv. IX, § 8. — Rozière, form. 465.

(4) Voy. par exemple, Grégoire de Tours, liv. VIII, § 12.

étrangers. Toutes mesures d'exécution sur la personne ou sur les biens étaient également interdites aux fonctionnaires royaux : ils ne pouvaient pas arrêter, exercer la contrainte par corps, saisir les biens, en un mot exercer ce que l'on appelait à cette époque la *districtio* (1). Voilà pour ce qui concerne l'administration de la justice.

Quant aux impôts et redevances, le privilège de l'immuniste n'est pas moins important. Les fonctionnaires royaux devront s'interdire de prendre gîte dans les maisons ou sur les terres de l'immuniste et d'y lever les *paratæ* c'est-à-dire les approvisionnements auxquels ils avaient ordinairement droit pour eux et leur suite (2). Les chartes contiennent même une disposition beaucoup plus générale qui défend aux fonctionnaires royaux de percevoir aucune des redevances dues au fisc (3). Cette disposition s'applique aussi bien aux impôts indirects qu'aux impôts directs, notamment au droit de tonlieu (4).

Enfin, le privilège d'immunité contient fort souvent une clause qui place directement l'immuniste, ses terres et ses hommes *sub tuitione atque defensione regis* (5). C'est qu'en effet il ne faudrait pas croire que le privilège de l'immuniste ait eu pour objet et pour effet de conférer l'indépendance et la souveraineté à celui qui l'obtenait. On se tromperait gravement en se plaçant à un pareil point de vue. Le véritable but de l'immunité nous est indiqué par les textes eux-mêmes : il s'agit de protéger l'immuniste, ses terres et les hommes qui les habitent, contre les fonctionnaires royaux ; ceux-ci ne pourront pénétrer dans le domaine sous aucun

(1) Pour plus de détails à cet égard, voy. Prost, *op.* et *loc. cit.*, p. 158.

(2) Voy. loi des Ripuaires, tit. LXVII. Cet usage avait été emprunté aux Romains. Cpr. Code Théodosien, 7, 8, *De metatis;* 7, 9, *De salgamo hospitibus non præbendo.* — Code de Justinien, 12, 40 et 41.

(3) *Quidquid fiscus undecumque potuerat sperare*, Marculfe, liv. I, form. 3, Zeumer, p. 43. — *Quod fiscus noster exinde accipere aut sperare potuerat* (dipl. de Childebert III, pour Trissonval).

(4) *Diplomata*, II, nos 258, 291, 367, 403, p. 17, 58, 157, 196. — Flodoard, *Historia ecclesiæ remensis*, II, 11.

(5) Voy. à cet égard Prost, *op.* et *loc. cit.*, p. 166.

prétexte ; ils n'ont pas le droit d'y exercer leurs attributions judiciaires, financières ou autres. D'ailleurs le roi entend bien conserver sa pleine et entière autorité sur l'immuniste, sur ses hommes et sur ses terres. Mais alors se présentent deux questions intimement liées l'une à l'autre. Quels sont les droits du roi et par qui les fonctionnaires royaux sont-ils remplacés sur les terres de l'immuniste? Il faut encore ici distinguer entre la justice et les impôts.

Le roi n'abdique pas ses droits de justice, ni aucun autre (1). Rien ne s'opposerait donc à ce que l'immuniste ou un de ses hommes fût traduit devant le tribunal du roi et on en peut citer plusieurs exemples (2). Il y a plus : le roi pourrait pénétrer sur les terres de l'immuniste pour y tenir sa cour de justice ; la défense qu'il a adressée à ses fonctionnaires ne le concerne pas. A ce point de vue, le privilège de l'immuniste a pour effet véritable de le rendre directement justiciable du roi sans être tenu de comparaître au préalable devant le duc ou le comte. Mais il ne saurait être question de porter ainsi immédiatement devant la cour du roi les contestations qui peuvent naître entre personnes habitant le territoire de l'immunité. Ce sera donc l'immuniste lui-même ou son agent qui tiendra la cour de justice pour ces contestations. Toutefois il semble bien que cette organisation de la justice patrimoniale des immunités ne s'est constituée avec une certaine uniformité qu'à partir du VIII^e siècle. Mais ce serait une grave erreur de croire avec M. Prost, qu'avant cette époque l'immuniste n'exerçait pas la justice sur ses terres. L'organisation du grand domaine d'un particulier paraît

(1) M. Boutaric a cependant soutenu le contraire, en se fondant sur une charte où le roi, au lieu de s'adresser à ses fonctionnaires, et de dire *neque vos neque juniores aut successores vestri*, a employé la formule plus générale *neque nos neque juniores aut successores nostri*. Voy. *De l'origine et de l'établissement du régime féodal* (tirage à part de la *Revue des questions historiques*, année 1875, p. 45 et suiv.). Mais M. Fustel de Coulanges fait remarquer avec raison que M. Boutaric a tort de choisir pour titre de l'immunité, la seule charte où l'on rencontre ces termes et de ne pas tenir compte des autres qui toutes s'expriment différemment. Voy. *Revue historique*, t. XXII, p. 275.

(2) Voy. Marculfe, liv. I, form. 26 et 27, Zeumer, p. 59. — Flodoard, *Historia ecclesiæ remensis*, II, 10.

avoir été semblable à celle que nous fait connaître au temps de Charlemagne, le capitulaire *De villis* pour les terres de la couronne. Dans la suite, chaque immuniste ecclésiastique eut un *advocatus* chargé, non plus seulement comme au début, de le représenter devant la cour du roi, mais aussi d'exercer dans le domaine de cet immuniste les fonctions judiciaires ou autres du comte. A côté de lui ou plutôt au dessous était placé le *villicus*, surtout préposé à l'administration du domaine, mais qui exerçait aussi certaines fonctions secondaires en matière de justice ou de finances : il levait divers impôts et procédait à des mesures d'instruction (1).

En ce qui concerne les impôts, la concession de l'immunité respectait d'une manière beaucoup moins complète les droits du roi, et cela dès l'époque mérovingienne. Sans doute le roi entendait conserver les droits de gîte et autres de même nature sur les terres de l'immunité; il ne les retirait qu'à ses fonctionnaires et l'histoire nous donne de nombreux exemples de rois reçus, nourris et logés par des églises ou des monastères. Nulle part il n'est fait allusion à un prétendu privilège qui aurait autorisé à refuser l'hospitalité au roi. Celui-ci ne renonçait pas non plus aux impôts directs ; ils étaient levés par l'immuniste ou par son agent (2), et certains diplômes disent même très nettement qu'une fois l'impôt perçu par l'immuniste ou son agent, celui-ci devait en verser le montant dans le trésor royal (3). Mais cette clause était fort rare et le plus souvent, au contraire, les chartes, comme la formule de Marculfe que nous avons transcrite, contiennent un abandon pur et simple de l'impôt au profit de l'immuniste ; dans ce cas, et il était assez fréquent, le roi renonçait à son droit. Mais tous les diplômes ne contiennent pourtant pas cette abdication ; il n'y avait donc pas sur ce point de règle uniforme (4). Il faut en dire autant pour ce

(1) Voy. Prost, *op.* et *loc. cit.*, p. 327 et suiv. Nous aurons occasion de revenir sur cette justice patrimoniale en nous occupant de l'organisation judiciaire.

(2) *Diplomata*, II, nos 402, 486, 502, p. 195, 294, 310.

(3) *Diplomata*, II, nos 463, 486, 512, p. 267, 294, 319.

(4) M. Fustel de Coulanges fait remarquer que dans les diplômes où le roi

qui concerne les impôts indirects, notamment le tonlieu. La diversité était même encore plus grande : tantôt le roi se bornait à faire remise des impôts indirects dans le domaine de l'immuniste en interdisant à ses agents d'y pénétrer pour le percevoir (1); d'autres fois le roi dispensait l'immuniste et ses hommes de tout ou partie des impôts indirects non plus seulement sur la terre privilégiée, mais dans tout le royaume (2); enfin parfois le roi confiait directement à l'immuniste le privilège de percevoir à son profit tels ou tels droits, par exemple des taxes de passage sur les ponts ou sur les routes (3). Dans ce dernier cas, l'immuniste était autorisé à lever directement l'impôt pour lui-même. Tous ces avantages assurés à l'immuniste étaient aussi garantis par une peine très sévère contre celui qui aurait violé le privilège de l'immunité. Il semble bien que ce crime, *immunitas fracta*, ne pouvait être commis que par des fonctionnaires royaux ; c'était en effet à eux que le roi adressait ses interdictions et ses défenses dans les chartes d'immunités et celui qui n'en aurait pas tenu compte aurait encouru une amende considérable, fixée par les capitulaires à la somme de six cents sous (4).

Telle était l'immunité dès le septième siècle et d'après les documents de l'époque. Nous pouvons maintenant apercevoir la plupart de ses caractères. Par la charte d'immunité, le roi n'entendait pas renoncer d'une manière absolue à ses droits et faire du concessionnaire un véritable souverain dans ses domaines. Le roi rendait l'immuniste indépendant de ses fonctionnaires, mais seulement dans une certaine mesure et en ce sens que ceux-ci ne pouvaient pas

renonce à son droit à l'impôt direct, cette clause est placée à la fin de l'acte et semble ainsi former une sorte d'addition. Voy. *Revue historique*, t. XXIII, p. 6.

(1) *Diplomata*, II, nos 258, 291, 367, 403, p. 17, 58, 157, 196.

(2) *Diplomata*, II, nos 333 et 397, p. 109, 178. — Flodoard, *Historia ecclesiæ remensis*, II, 7. Voy. aussi la formule 15 de l'appendice de Marculfe; Rozière, form. 31; c'est la 36e formule de Sens, dans Zeumer, p. 201.

(3) *Diplomata*, I, n° 167, p. 122 et II, n° 319, p. 93.

(4) Pour plus de détails sur ce point, Voy. Prost, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. VI, p. 174.

pénétrer dans les domaines privilégiés pour y exercer leurs fonctions judiciaires, de police, financières ou autres. Il résulte de là que l'immuniste, ses terres et ses hommes, relevaient directement du roi. A ce point de vue, le prince concentrait plutôt l'autorité dans ses mains qu'il ne l'affaiblissait lorsqu'il conférait une charte d'immunité; il diminuait surtout les pouvoirs de ses fonctionnaires et peut-être le faisait-il parfois avec intention, pour arrêter le développement de la puissance des ducs et des comtes qui, établis plus ou moins loin du centre du royaume, tendaient sans cesse à s'affranchir de l'autorité royale. Toutefois, si tel était un des résultats que se proposait le roi en conférant l'immunité, il faut bien reconnaître qu'il n'a pas été atteint. Après avoir obtenu des chartes de privilège pour échapper aux abus des fonctionnaires royaux dont ils se plaignaient amèrement, les immunistes, au lieu de soutenir la royauté, ont imité ces mêmes fonctionnaires et essayé de se rendre indépendants dans leurs domaines. Certaines clauses des chartes d'immunité favorisaient d'ailleurs ces tentatives. Ainsi l'immuniste ou son agent ne rendait-il pas la justice sur ses terres? Était-ce au nom du roi ou en son nom propre? La question n'avait pas été tranchée d'une manière précise. Ce qui était plus grave encore, c'était d'autoriser assez souvent les immunistes à percevoir l'impôt pour leur propre compte, car l'impôt est un des signes extérieurs de la souveraineté. En outre ces privilèges étaient accordés à des domaines plus ou moins étendus et non pas à des personnes. A ce point de vue, ils différaient essentiellement du mainbour royal qui constituait le privilège attaché à la personne. Fort souvent le même bénéficiaire obtenait une charte d'immunité pour ses domaines et un mainbour pour sa personne, mais les deux avantages n'en étaient pas moins fort distincts l'un de l'autre jusqu'à l'époque où l'on cessa de s'adresser au roi pour obtenir le bénéfice de son *mundium*.

On s'est demandé si, tout au moins à l'origine, la concession d'immunité était viagère ou perpétuelle. Le doute ne

nous parait pas possible : les textes sont formels dans le sens de la perpétuité. Ils portent souvent la formule : *quod perpetualiter mansuram esse jubemus* (1). Parfois il est dit que l'immunité est conférée à un évêque et à ses successeurs ; dans d'autres cas, la charte porte que le privilège s'étendra dans l'avenir aux terres que pourra acquérir le monastère (2). Toutes ces clauses supposent une immunité concédée à perpétuité. D'ailleurs ce caractère n'est-il pas à proprement parler une conséquence de ce que le privilège est conféré à une terre et non pas à une personne ? Nous possédons, il est vrai, un grand nombre d'exemples de chartes contenant confirmation d'immunités antérieurement concédées ; il était d'usage de demander une charte de confirmation à l'avénement d'un nouveau roi (3). On a même prétendu que le renouvellement avait aussi lieu à la mort du concessionnaire, mais ce fait n'est pas établi avec une complète certitude (4). Au contraire, le renouvellement à la mort du prince était d'un usage général, surtout à l'époque mérovingienne ; le plus souvent les bénéficiaires s'adressaient au roi pour obtenir une confirmation, mais parfois aussi, du moins à l'époque carolingienne, le roi faisait d'office et en termes généraux, un renouvellement au profit de tous (5). Il ne faudrait pas conclure de cet usage que la concession de l'immunité ait été viagère, car il s'explique tout autrement. On admettait, comme nous l'avons vu précédemment, qu'un

(1) Marculfe, liv. I, form. 14, Zeumer, p. 52. Cf. *ibid.*, form. 4, Zeumer, p. 44. Voy. aussi *Diplomata*, II, n°s 341, 367, 400, 402, 403, 436, 441, 486, 496, etc.

(2) Marculfe, liv. I, form. 3. — *Diplomata*, II, n°s 258, 270, 281, 367, 403, etc.

(3) Voy. Marculfe, liv. I, form. 4 et 17. Zeumer, p. 44 et 54.

(4) Ainsi le roi Childebert Ier accorde successivement deux diplômes d'immunité, l'un à Carilephus, l'autre à Domerus. On explique ce fait en disant qu'il y a eu successivement deux abbés du même monastère. Voy. Fustel de Coulanges, dans la *Revue historique*, t. XX, p. 271. Mais Sickel prétend que le premier diplôme est apocryphe et, avec cette doctrine, on perd l'exemple le plus important de deux concessions faites successivement pour le même monastère. Cpr. Sickel, *Beiträge zur Diplomatik*, dans les *Comptes-rendus de l'Académie de Vienne*, juillet 1864, p. 188. Dans tous les cas, même en admettant l'authenticité de ces deux diplômes, il faut bien reconnaitre que les renouvellements de concession à la mort de l'immuniste étaient rares.

(5) Voy., par exemple, Capit. de Pépin de 787, cap. 8, Boretius, 199.

certain nombre de capitulaires avaient force obligatoire seulement pour la durée du règne de celui qui les avait rendus; si son successeur voulait qu'ils continuassent à être observés, il devait les renouveler. On a longtemps décidé que la plupart des actes émanés de l'autorité directe et exclusive du roi devaient tomber à la fin de son règne (1). Fallait-il comprendre les chartes d'immunité parmi les actes soumis à renouvellement? Il était très naturel de l'admettre et dans tous les cas fort prudent de se soumettre à cette formalité pour prévenir toute difficulté. D'ailleurs les chartes de confirmation ont plus d'une fois profité aux immunistes qui ont eu l'habileté d'en retirer des extensions de privilège.

Il ne faudrait pas croire, en effet, que l'immunité n'ait subi aucun changement depuis l'époque où elle apparaît dans l'histoire de la période franque jusqu'à la formation du régime féodal. On s'est demandé si elle est d'origine romaine ou franque. A notre avis, elle ne vient pas des Romains. On a prétendu, il est vrai, que déjà sous l'Empire, les propriétaires de grands domaines s'y conduisaient en véritables souverains, rendant la justice et refusant d'y payer l'impôt (2). Nous avons montré dans la précédente partie que si les grands propriétaires exerçaient sans doute dans leurs domaines une police judiciaire, cependant il est difficile d'y reconnaître à leur profit l'existence d'une véritable juridiction. Nous n'admettons pas davantage qu'il y ait existé, au profit de leurs terres, de véritables exemptions d'impôts, ni même qu'ils soient parvenus, à défaut de dispense légale, à se soustraire en fait à l'impôt, car les empereurs romains se sont au contraire toujours attachés à empêcher ces abus. Admettons que la loi ait été parfois, souvent même mal observée, que les grands propriétaires soient parvenus à se soustraire à l'impôt, il n'en reste pas

(1) Cette règle a été encore plus rigoureusement observée en Angleterre qu'en France. Voy. ce que j'ai dit à cet égard dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*.

(2) Voy. Flach, *Les origines de l'ancienne France*, t. I, p. 75 et 98.

moins certain que l'administration romaine a toujours protesté contre cet empiétement. Le droit public romain posait en principe que l'immunité ne devait être accordée à personne et pas même par le prince (1). Il serait bien étrange qu'un pareil principe eût conduit à la préparation d'une institution qui en était précisément la négation. L'immunité mérovingienne semble bien plutôt être née dès le début de la période franque et du nouvel état social organisé par Clovis et ses successeurs. Dès les premiers temps, on a connu et pratiqué les chartes de mainbour; dès les premiers temps aussi, les rois ont accordé des exemptions d'impôts et ils y ont été amenés en constatant que, déjà chez les Romains, certaines terres, notamment celles du fisc, en étaient dispensées. Qu'on réunisse cette dispense d'impôts aux bénéfices de mainbour et on aura, à notre avis, la première forme de l'immunité (2). Ce privilège d'immunité pouvait être aussi bien conféré à des laïques qu'à des clercs. En fait, il semble bien que les églises et les monastères aient été plus particulièrement favorisés sous ce rapport comme sous beaucoup d'autres. Nous ne possédons des chartes d'immunités concédées à des laïques que pour des époques relativement récentes. Il n'en faudrait pas conclure qu'à l'origine, sous les premiers Mérovingiens, les laïques n'obtenaient pas ces faveurs. Nous avons déjà dit comment on peut expliquer cette absence de chartes d'immunités laïques pour les premiers temps : les laïques en obtenaient moins et leur conservation n'était pas aussi bien assurée dans le trésor d'un seigneur que dans les archives d'un monastère (3). Cette institution s'est ensuite rapidement développée

(1) Voy. C. th., *De immunitate concessa*, 11, 12; C. Th., *Si per obreptionem fuerint impetrata*, 11, 13; C. J., *De immunitate nemini concedenda*, 10, 25.

(2) Il semble bien résulter d'un passage de Flodoard qu'au début l'immunité consistait surtout dans la dispense de l'impôt direct. *Historia remensis ecclesiæ*, II, 2. Cf. Fustel de Coulanges, dans la *Revue historique*, t. XXII, p. 252.

(3) M. Flach propose une autre explication, très ingénieuse, mais qui ne nous parait pas suffisamment justifiée. A son avis, les grands propriétaires laïques n'avaient pas besoin de chartes d'immunités parce qu'ils étaient tous,

et elle était entièrement constituée dès le VII[e] siècle. On en a la preuve dans les nombreux diplômes, formules et actes de ce temps. Ce fait établit aussi que le bénéfice de l'immunité n'a pas été, comme on l'a dit à tort, arraché à la faiblesse des derniers Mérovingiens. Elle est de date bien plus ancienne : on en constate l'existence dès le règne de Clovis, et les diplômes nous prouvent que les immunités ont été concédées en grand nombre, même par les rois de la première race les plus puissants, tels que Dagobert I[er]. Ces rois étaient les premiers à reconnaître les abus de leurs ducs et comtes; ils tenaient à entourer les églises et les monastères de faveurs; peut-être même se proposaient-ils aussi d'affaiblir l'autorité trop indépendante de leurs fonctionnaires. Ces causes suffisent pour expliquer comment les concessions d'immunités ont été fréquentes dès les premiers temps. Ce n'est pas à dire que la faiblesse des derniers Mérovingiens

à l'époque de l'invasion, sinon en droit, du moins en fait et par suite d'abus, en possession des principaux avantages que conférait l'immunité, le droit de justice et l'exemption d'impôts; aussi les chartes d'immunités adressées à des laïques avaient moins pour effet de créer ce privilège à leur profit que d'en reconnaître l'existence. Les églises et les monastères, au contraire, avaient besoin de concessions formelles et directes pour être admis dans le *mundium* du roi et pour y jouir de l'immunité. Voir Flach, *Les origines de l'ancienne France*, p. 100 et suiv. Cette distinction entre l'immunité laïque et l'immunité ecclésiastique ne nous semble pas établie par les textes; elle suppose en outre certains faits dont l'explication nous parait bien difficile. Nous avons déjà vu que l'immunité n'existait pas chez les Romains. En admettant pour un instant le contraire et en supposant que tous les grands propriétaires gallo-romains aient été en possession de la justice et de l'exemption d'impôts, par suite d'abus que tolérait l'administration romaine, il faudrait tout au moins expliquer comment les premiers Mérovingiens, princes très puissants et très autoritaires, au lieu de réprimer ces abus, leur auraient reconnu le caractère de véritables droits. Il y a plus : les Francs, mis en possession d'immenses domaines, auraient été tous et de plein droit des propriétaires immunistes. Mais à ce compte, les immunités laïques auraient dû être plus importantes et plus nombreuses que les immunités ecclésiastiques. Or, c'est à notre avis l'impression contraire qui se dégage de la lecture des textes. Les immunités des églises étaient les plus nombreuses à cause de la faveur dont était entourée la religion chrétienne. En outre, si le système de M. Flach était fondé, l'Église n'aurait exercé la justice qu'en vertu de chartes d'immunités. Or des textes très anciens nous montrent au contraire la juridiction privée établie au profit des églises. Cpr. form. d'Anjou, 10, 16, 24, 30, 47, Zeumer, p. 8, 10, 12, 14, 21. — Loi des Ripuaires, tit. LVIII, § 1. — Edit de Clotaire II, cap. 5 et 15, Boretius, p. 21.

n'ait pas contribué à développer l'immunité au point de compromettre l'autorité royale. Si la royauté s'était proposée, en créant l'immunité, de soumettre les grands propriétaires d'immenses domaines à sa direction immédiate, il faut bien reconnaître qu'elle a complétement manqué son but. D'ailleurs, elle avait eu le tort, au début, de concéder aux immunistes des avantages qui étaient de véritables attributs de la souveraineté et ensuite elle ne fut plus assez forte pour empêcher les grands propriétaires de se rendre indépendants sur leurs domaines.

Diverses causes ont contribué au développement exagéré de l'immunité aux dépens de la monarchie. Les églises et les monastères, qui jouissaient en grand nombre de ce privilège, voyaient sans cesse s'élargir leurs domaines, et à ces accroissements correspondaient des extensions successives du privilège de l'immunité, car les chartes de concession conféraient ce privilège aux terres acquises et aux terres à acquérir dans la suite (1). D'un autre côté, les immunistes savaient tirer profit de l'usage établi d'obtenir des confirmations; en demandant une charte de confirmation, ils faisaient ajouter de nouveaux privilèges aux anciens, sous le prétexte plus ou moins fondé qu'ils étaient consacrés par un usage constant (2).

Sous la période carolingienne et après le règne de Charlemagne, l'immunité ne tend plus seulement à se développer : elle se transforme gravement. Au point de vue de la justice, il est toujours vrai de dire que les immunistes restent, en principe, soumis à la juridiction royale; les chartes d'immunité ont soin de le constater et réservent même au profit de la royauté certains droits considérés comme attributs de la haute justice, par exemple, celui de battre monnaie. Mais les immu-

(1) Certaines abbayes possédaient des domaines dans un grand nombre de contrées du royaume et tous d'une étendue considérable. Sur ces extensions successives de l'immunité aux territoires nouvellement acquis, voy. Prost, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. VI, p. 286 et suiv.; Fustel de Coulanges, dans la *Revue historique*, t. XXIII, p. 14.

(2) Voy. à cet égard Prost, *op.* et *loc. cit.*, p. 295.

nistes tendent manifestement à s'affranchir de l'autorité royale. D'ailleurs, le prince, de son côté, ne peut plus donner ce qu'il a promis dans ses chartes de concession; il n'est plus en état d'accorder protection efficace, pas même aux petites gens, et cela est tellement vrai, que les hommes de condition moyenne cessent de lui demander des chartes de mainbour ou autres de même nature (1). Le roi ne peut pas mieux assurer sa justice que sa protection. Aussi à l'ancienne formule de prohibition adressée exclusivement aux fonctionnaires royaux, on s'efforce d'en substituer une autre : ce ne sont plus seulement les ducs et comtes, mais le roi lui-même, en un mot, toute puissance humaine, qui est privée de tout pouvoir sur les terres de l'immunité (2). Craint-on que le roi ne refuse de confirmer d'anciennes chartes ainsi transformées, on imagine de les faire approuver par le seigneur du pays ou même et surtout par le pape. Cela suffira tout au moins pour leur donner l'apparence de la validité (3). En même temps que la monarchie s'affaiblit, les chartes d'immunité se multiplient et elles deviennent aussi fréquentes en faveur des laïques qu'au profit des églises ou des monastères. Les seigneurs eux-mêmes, comtes, vicomtes ou autres, confèrent des chartes d'immunité au XI^e siècle (4). Désormais, en effet, la souveraineté appartient bien plus aux sei-

(1) La meilleure preuve résulte de ce qu'on ne trouve aucune trace de documents de ce genre.

(2) « *Ut plane nulla humana potestas, regis, ducum, comitum, vicecomitum, castalaldionum, aldionum, scarionum, vel archiepiscoporum, vel tam ecclesiastice milicie quam secularis officii presumat, audeat, pertemptet aliquid de rebus et facultatibus auferre monasterio Sancte Marie quod ego Goffridus comes et Agnes comitissa, de propriis sumptibus construximus.* » (1047, Cart. de Notre-Dame de Saintes, p. 4). Voy. aussi *Cartulaire de l'Église de Saint-Pons de Thomières*, dans Vaissète, *Histoire du Languedoc*, nouvelle édit., V, col. 176, 177.

(3) Voy. Charte de Cluny, I, p. 126 et 366. — Cartulaire de Saint-Victor de Marseille, II, p. 544.—Vaissète, *Histoire du Languedoc*, t. V, *Preuves*, n^os 43 et 57. Ces deux derniers textes sont rapportés par Thévenin, *op. cit.*, n^os 123 et 128 p. 179 et 188. Le premier est de l'année 918, le second de l'année 923.

(4) Les textes abondent. Voy. par exemple Cartulaire de Marmoutiers pour le Dunois, p. 82; Cartulaire de Cormery, p. 84; Cartulaire de la Saintonge, I, p. 9; Léopold Delisle, *Histoire de Saint-Sauveur-Les-Vicomtes*, pièces justificatives, p. 57. — Cf. Flach, *Les origines de l'ancienne France*, p. 175 et suiv.

gneurs féodaux qu'au roi. De leur côté, les immunistes sont devenus de véritables souverains dans leurs domaines. Ils finissent par se soustraire à la cour du roi et par prétendre à la perception de tous les *regalia jura* à leur profit.

Les églises et les monastères, pourvus du privilège d'immunité, sont parvenus à commettre ces empiètements avec l'aide de leurs *advocati*. Le rôle de ces *advocati* est curieux à suivre depuis les premiers temps jusqu'à l'époque où nous sommes arrivés. Au début, l'*advocatus* était le représentant, devant les cours laïques, des clercs, auxquels il était interdit de comparaître en personne devant ces juridictions. C'étaient surtout les églises et les monastères qui étaient représentés par des *advocati*. Ceux-ci servaient d'intermédiaires entre l'immuniste ou ses hommes et les fonctionnaires royaux ou le roi. C'était d'ailleurs le prince qui donnait des *advocati* aux églises et aux monastères. Mais bientôt quelques-uns obtinrent le privilège de choisir eux-mêmes leurs représentants. Puis l'*advocatus* vit son rôle s'élargir : il ne fut plus seulement le mandataire de l'immuniste ou de ses hommes devant la justice laïque, il exerça aussi sur les terres de l'immuniste un véritable pouvoir de police. Lorsque l'église ou le monastère essaya de se soustraire à la juridiction royale, son *advocatus* lui prêta un appui très habile. Mais il sut aussi se faire payer ses services, et il arriva à réclamer pour lui-même l'exercice de tout ou partie de la juridiction dans le domaine de l'immunité. Il ne s'établit d'ailleurs aucune règle uniforme : tantôt l'*advocatus* avait droit de justice seulement sur les étrangers établis dans le territoire de l'immunité; d'autres fois sa compétence se limitait aux affaires criminelles, soit à tous les procès de ce genre, même les plus importants, soit seulement à ceux qui tendaient à l'application d'une peine ne dépassant pas soixante sous. Mais souvent aussi l'*advocatus* exerçait la juridiction civile, soit la basse, soit même la haute. Dans tous les cas, il partageait les bénéfices provenant des droits de justice avec le seigneur immuniste et suivant une pro-

portion qui variait; dans tous les cas aussi, l'immuniste et son avoué étaient parvenus à se rendre souverains et à exercer une juridiction territoriale indépendante (1). Il est tout naturel qu'une pareille situation ait amené la reconnaissance au profit des immunistes de tous les droits du fisc, *jura fisci* ou *jura regalia*, droit de fabrication des monnaies, impôt sur les foires et marchés, exploitation des mines, des salines, etc. (2). A cette époque, l'immunité était devenue, et depuis un certain temps déjà, un des principaux pivots du régime féodal.

## § 13. — DU TRANSPORT DE PROPRIÉTÉ.

Le droit franc ne connaissait pas le transport de la propriété par le seul échange des consentements. Ce mode d'aliénation est propre aux législations avancées et qui ont su se dégager de tout formalisme. Le mode le plus ordinaire de transport de la propriété consistait dans la tradition. Celle-ci s'appliquait aux meubles et même parfois aux immeubles (3). Tantôt elle était réelle, d'autres fois fictive, d'autres fois encore, en même temps réelle et symbolique, c'est-à-dire que la remise de la chose était entourée de certaines solennités. Quant à ces symboles, ils variaient à l'infini, suivant les coutumes, et on doit, à notre avis, y faire rentrer la tradition *per manum* (4). Malgré l'absence de tout texte sur ce point, il paraît certain que la tradition pure et simple a toujours existé; elle est imposée par la force même des choses et on ne conçoit pas qu'une législation primitive puisse s'en

(1) Sur tous ces points relatifs à ces avoués, Voy. les nombreux textes cités par Prost, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. VI, p. 307 et suiv.

(2) Voy. les nombreux textes cités par Prost, *op.* et *loc. cit.*, p. 267.

(3) Voy. Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, n° 16, 17, 19, 54, 57, 58, 69, 84, 95, 97, 105, 107, 158, 161, 163, 164, 180.

(4) Certains auteurs pensent que la tradition *per manum* n'a pas d'existence propre et se confond avec la tradition réelle ou avec telle autre forme symbolique. Le contraire nous paraît résulter des textes précis qui font mention de cette tradition *per manum*, comme constituant un procédé particulier. Voy. Thévenin, *op. cit.*, n°s 31, 64, 75 *bis*, 105, 132, 134, 156, 165.

passer. Comment imposer, en effet, des formalités nombreuses et compliquées pour le transport de propriété des choses de peu de valeur et d'un usage journalier (1)? Mais à côté de cette tradition, nous voyons apparaître dans les textes d'autres formes de transport de la propriété plus solennelles, plus compliquées et destinées à recevoir une certaine publicité. Tantôt le transport résulte d'une investiture réelle ou symbolique devant le comte; le transport symbolique se fait *cum digito*, *cum secmento*, par la remise de la *cartula*, etc. (2). S'il s'agit d'une terre appartenant jusqu'alors au roi, le comte ou un *missus* en fait la remise à un concessionnaire (3). Cette forme solennelle de transporter la propriété correspond plus ou moins à la *mancipatio* des Romains. Il en est une autre qui ressemble à la *cessio in jure*, en ce sens qu'elle se fait sous la forme d'une renonciation solennelle au droit de propriété; elle consiste dans le fait du propriétaire de délaisser son bien en termes solennels, par exemple par la *festuca* devant un *conventus publicus*, le plus souvent devant le comte assisté de *boni homines*. Le dessaisissement s'opérait au moyen d'une déclaration orale accompagnée de formalités symboliques. C'était ce que l'on exprimait par les mots : *abdicare*, *abnegare*, *werpire*, *guerpire*, *se exitum werpire*, *exfestucare*, *se exitum dicere*. Ces termes prouvent que les solennités pouvaient varier. Il est possible et probable qu'à l'origine le dessaisissement réel ait été nécessaire. Il s'opérait peut-être sur les lieux mêmes, d'abord par un symbole, par la remise d'un objet détaché de l'immeuble qu'il s'agissait d'aliéner, une motte de terre, une branche d'arbre, etc.; en même temps, l'aliénateur quittait effectivement le bien, et cette sortie s'appelait *werpitio*, *guerpitio* (4). Nous avons un exemple de ce mode de trans-

(1) A moins qu'on ne dise qu'à ces actes relativement peu importants les législations primitives ne reconnaissent pas un véritable caractère juridique.

(2) Voy. Thévenin, *op. cit.*, nos 29, 30, 47, 52, 60, 61, 94, 105, 108, 117, 121, 124, 136, 143.

(3) Thévenin, *op. cit.*, nos 30, 71, 78, 82, 124, 147.

(4) Rozière, form. 216. — Pérard, *Recueil de pièces pour l'histoire de Bourgogne.*

port de la propriété dans le titre de la loi salique consacré à la *chrenecruda*. On a parfois continué à pratiquer ce dessaisissement effectif dans la suite (1). Mais de bonne heure on cessa de se montrer aussi exigeant et on se contenta d'un acte symbolique qui s'appelait, lui aussi, *werpitio;* il consistait à jeter un objet dans le sein d'un tiers pour montrer qu'on entendait devenir étranger au bien qu'il s'agissait de transmettre (2). Au lieu d'une *exitio* formaliste et réelle à la fois, on se contenta d'une renonciation verbale (*se excitum dicere*) accompagnée, elle aussi, d'un certain symbolisme. Cet objet symbolique consistait le plus souvent dans un fétu de paille (*festuca*) (3). D'ailleurs, la *festuca* servait dans une une foule d'actes de la vie civile. Nous la rencontrerons dans la formation des contrats; de même on l'employait pour renoncer à un droit ou au contraire pour transmettre une créance, et parfois ce transport de créance ne s'opérait que pour tourner la prohibition d'ester en justice par autrui (4). Ces diverses applications ne sauraient nous étonner; il nous suffira de rappeler une observation déjà faite. Dans les législations primitives, les actes de la vie civile se manifestent par des symboles peu nombreux. Ne rencontre-t-on pas à Rome la *mancipatio per æs et libram* et la *cessio in jure* adaptées à tous les actes de la vie civile? Telle était aussi, chez les Germains, la *festuca* comme symbole du consentement. L'investiture se faisait aussi d'une manière symbolique, par la remise de certains objets. Tantôt on les jetait à terre, d'autres fois dans la poitrine de la personne qui devait acquérir. Ces objets variaient d'ailleurs à l'infini suivant les pays; c'était un bâton, un couteau, des pièces de monnaie, une

Voy. aussi Thévenin, *op. cit.*, nos 118 et 164. De là est venu notre mot *déguerpir*.

(1) Brunner, *Urkunde*, p. 274, où cet auteur cite le texte suivant : *Per superliminare domus in omnibus firmiter vestivit et exivit R. archipresbiter et intravit H. episcopus*, (année 831).

(2) Rozière form. 216; c'est la 13e form. du livre 1er de Marculfe, dans Zeumer, p. 51. Cpr. loi salique, tit. XLIX.

(3) Rozière, form. 159, 201, 216. Cpr. Thévenin, *op. cit.*, nos 16 et 17.

(4) Rozière, form. 392.

branche d'arbre, mais le plus souvent aussi une *festuca* (1).

La question est très discutée de savoir si, dans le dernier état du droit romain, la propriété ne pouvait pas se transmettre par la remise d'une charte. L'affirmative, enseignée par Brunner (2), rencontre de très vives résistances, à cause de l'absence de toute disposition précise sur ce point, surtout dans les recueils de Justinien. D'ailleurs, la nécessité de remettre une charte n'eut-elle pas consacré dans le droit romain une sorte de retour en arrière, puisque la tradition s'opérait déjà à l'époque classique par le seul fait de mettre la chose à la disposition de l'acquéreur? Si l'on se borne à dire que la délivrance de la *charta* est précisément une manière d'indiquer la mise de la chose à la disposition de l'acquéreur, comme la tradition des clefs, alors elle ne présente plus aucune particularité. Quoi qu'il en soit, il est certain que l'Église pratiqua de très bonne heure et dans une foule de circonstances le transport de la propriété *per chartam*, *per epistolam*, *per titulum*, etc., toutes expressions parfaitement synonymes et qui désignent la remise de l'écrit constatant le transfert de la propriété (3). Le dessaisissement au profit d'une église ou d'un monastère s'effectuait au moyen de la remise de la *charta* entre les mains de l'évêque ou de l'abbé, ou de son dépôt sur l'autel; ce même fait impliquait investiture; en un mot, c'était une tradition symbolique qui supposait la volonté d'aliéner et celle d'acquérir (4).

Il est certain que cette tradition *per chartam* n'était pas connue à l'origine chez les Francs : on en chercherait en vain l'indication dans la loi salique. Mais de bonne heure elle est mentionnée dans certains textes. Il faut donc bien admettre que les Francs l'ont empruntée à l'Église (5). Dans

(1) Voy. *Lex salica*, tit. XLIX et LXIII. — Guérard, *Polyptique d'Irminon*, II, 370. Voy. les autres textes dans Grimm, *op. cit.*, p. 121 et 126 et Brunner, *op. cit.*, p. 304.

(2) *Zur Rechtsgeschichte der germanischen Urkunde*, p. 96, 112, 288. Dans le même sens se sont prononcés Sohm et Heusler.

(3) Voy. Rozière, form. 128 à 135; 255 à 258; 286 à 289.

(4) Voy. Pardessus, *Diplomata*, II, n° 442, p. 245.

(5) On trouvera les textes dans Brunner, *op. cit.*, p. 261, 271, 288 à 302.

la suite, à partir du IXe siècle, on confondit la tradition d'origine germanique avec la tradition *per chartam*, et les textes réunirent souvent l'une et l'autre à la fois dans leurs mentions, probablement pour en assurer davantage l'efficacité.

La translation de la propriété, du moins pour les immeubles, ne supposait pas seulement l'accomplissement d'une des formalités que nous venons d'exposer : il fallait encore que l'aliénation eût lieu publiquement. En quoi consistait cette publicité? Certains auteurs veulent que le transport de la propriété se soit nécessairement effectué *in mallo publico*.

Il est possible mais non prouvé qu'on ait été à l'origine aussi rigoureux. Les textes parvenus jusqu'à nous prouvent que le transport de la propriété pouvait se faire en justice avec certaines solennités, parfois à la suite d'un jugement (1). Mais rien ne s'opposait non plus à ce qu'il eût lieu hors justice et en public cependant, dans une assemblée (2), ou bien encore dans une église ou devant certains témoins, dont le nombre variait suivant l'importance du bien, ou encore sur les lieux contentieux eux-mêmes. Cette publicité était à la fois une condition de la validité de l'aliénation de l'immeuble et en même temps un moyen de faciliter la preuve pour le cas de contestation (3).

(1) Voy. par exemple Thévenin, *op. cit.*, nos 39, 88, 94, 100 *ter*, 108, 116, 125, 130, 131, 133, 137, 141.

(2) Voy. Thévenin, *op. cit.*, no 148.

(3) Cpr. Loi des Ripuaires, tit. LIX et LX. Voici ce que porte notamment le titre LX, § 1 : « *Si qui villam aut vineam, vel quamlibet possessiunculam ab alio comparavit, et testamentum accipere non potuerit, si mediocris res est, cum sex testibus, et si parva cum tribus, quod si magna cum duodecim, ad locum traditionis cum totidem numero pueris accedat, et sic eis præsentibus pretium tradat, et possessionem accipiat et unicuique de parvulis alapas donet et torqueat auriculas, ut ei in postmodum testimonium præbeant. Si autem testes non potuerit congregare, ut ei testimonium præbeant, tum rem suam cum sex sive cum septem cum sacramenti interpositione sibi studeat evindicare.* » On remarquera que ce texte, d'ailleurs très curieux, semble bien ne se préoccuper de la présence de témoins sur l'immeuble aliéné qu'à titre de moyen de preuve et ne l'impose que pour le cas où l'on n'a pas rédigé d'écrit. Mais il est juste d'ajouter que dans ces législations primitives on confond presque toujours le moyen de preuve avec la condition de solennité. — On cite le tit. XLV de la loi salique *De migrantibus* pour prouver que l'aliénation devait se faire *in mallo publico*, mais ce texte est absolument étranger à cette question. Tout ce qui en résulte, comme

Celui qui faisait la tradition d'un bien sans en être propriétaire ne pouvait naturellement pas conférer la propriété, mais il donnait la possession et celle-ci avait une importance considérable chez les Barbares. On a dit parfois que parmi eux la possession ne se distinguait pas bien nettement de la propriété. Cependant la loi salique nous apprend qu'au bout d'un an le possesseur d'un immeuble faisant partie d'une communauté en devient propriétaire : au bout de ce temps, les *vicini* n'ont plus le droit de l'évincer, quoiqu'il se soit installé dans le village sans leur consentement (1). Cette prescription d'un an est très fréquente dans les lois barbares et nous aurons occasion de la retrouver en plein moyen âge. A côté de cette prescription germanique, le droit romain consacrait l'ancienne usucapion de la loi des Douze Tables et la *prescriptio longi temporis* du droit prétorien. Ces prescriptions romaines s'appliquaient sans aucun doute aux Gallo-Romains; mais il semble bien que ceux-ci cherchaient parfois à s'y soustraire,

nous l'avons vu précédemment, c'est que le consentement des habitants du village était nécessaire pour qu'un nouveau venu prît à un titre quelconque possession d'un immeuble dans la *villa*. Un texte plus précis est sans contredit le capitulaire de Louis le Pieux de 817 où on lit : « *Si quis res suas pro salute animæ suæ vel ad aliquem venerabilem locum, vel propinquo suo, vel cuilibet alteri tradere voluerit, et eo tempore intra ipsum comitatum fuerit, in quo res illæ positæ sunt legitimam traditionem facere studeat; quod si eodem tempore, quo illas tradere vult, extra eumdem comitatum fuerit, id est sive in exercitu sive in palatio sive in alio quolibet loco, adhibeat sibi vel de suis pagensibus, vel de aliis qui eadem lege vivunt qua ipse vivit, testes idoneos, vel si illos habere non potuerit, tunc de aliis quales sibi meliores invenire possit, et coram eis rerum suarum traditionem faciat, et fidejussores vestituræ donet ei, qui illam traditionem accepit, ut vestituram faciat. Et postquam hæc traditio ita facta fuerit, heres illius nullam de prædictis rebus valeat facere repetitionem. Insuper et ipse per se fidejussionem faciat ejusdem vestituræ, ne ulla occasio remaneat hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incubat illam perficiendi.* » Ansegise, IV, 18, Pertz, *Leges*, I, 261. On pourrait citer encore un grand nombre d'autres textes : Voy. Kraut, *Grundrecht der deutschen Privatrechts*, § 78 et les auteurs cités par Schulte, *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne*, trad. Fournier, § 148. Voy. toutefois en sens divers sur cette question : Thévenin, *Contribution à l'histoire du droit germanique*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1880, p. 69 et suiv. — Brunner, *Beiträge zur Geschichte und Dogmatik der Werthpapiere*, dans Goldschmidt, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. XXII, 1877, p. 537, 538, 550. — Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 516.

(1) Loi salique, tit. XLV; Cpr. tit. XLVI.

tout au moins à la prescription de trente ans. Ainsi s'explique un décret de Clotaire II qui imposa cette prescription de trente ans aux Gallo-Romains comme aux églises (1). Il est probable aussi que, sur ce point, les Barbares ont subi l'action du droit romain; les hommes lettrés et sous leur influence les rois, voyaient avec faveur, non pas l'ancienne usucapion, mais la prescription prétorienne de dix à vingt ans ou même et surtout celle de trente ans. Ainsi les Burgondes acceptèrent cette prescription romaine, mais en limitèrent le délai à quinze ans qu'ils prirent peut-être comme terme intermédiaire entre dix et vingt années (2). De même l'édit de 596 de Childebert II parle de l'acquisition par la prescription de dix ans, entre personnes qui vivent dans le même duché ou dans le même comté; il l'applique à toutes sortes de biens, meubles ou immeubles, et sans distinguer si le possesseur est un Romain ou un Franc (3). C'est cependant encore la prescription de trente ans qui paraît être le plus fréquemment invoquée à partir du IXe siècle (4).

## § 14. — LES DROITS RÉELS.

Les lois barbares ne nous parlent pas de ce que les Romains appelaient la théorie des servitudes réelles et personnelles. On ne relève dans les formules que quelques mentions assez rares du droit d'usufruit, toutes manifestement empruntées au droit romain (5). C'étaient donc bien certaine-

(1) Boretius, p. 19.

(2) Loi des Burgondes, tit. LXXIX, dans Pertz, *Leges*, III, 566.

(3) Capit. de 596, cap. 3, Boretius, p. 15. Si les personnes étaient absentes, c'est-à-dire domiciliées dans des comtés différents, le délai devait être tout naturellement de vingt ans; le capitulaire ne le dit pas, mais cela résulte d'un argument *a contrario* de sa première disposition. Le capitulaire étend le délai de la prescription à vingt ans même entre présents au profit des orphelins. Pour tous les autres cas, il concerve la prescription de trente ans.

(4) Thévenin, *op. cit.*, nos 93, 94, 101, 114, 125. On trouve cependant la prescription de trente ans dans une formule de Tours (form. 39, Zeumer, p. 156), où l'influence du droit romain est tout à fait manifeste.

(5) Marculfe, liv. I, form. 17, Zeumer, p. 87; form. de Tours, 6, Zeumer, p. 138; Pérard, *Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne*, p. 22. Ces deux derniers textes ont été publiés par Thévenin, *op. cit.*, nos 22 et 75, p. 25 et 98. Le troisième texte cité par Thévenin, no 82, p. 112,

ment les principes de ce droit qu'on appliquait à ces jouissances viagères. Dans l'une de ces pièces, il est fait allusion à l'interdiction adressée à l'usufruitier d'aliéner, à son obligation de jouir en bon père de famille et enfin à celle de rendre à sa mort au nu-propriétaire (1). D'ailleurs, les concessions directes d'usufruit semblent être devenues très rares et cela s'explique facilement : on préférait prendre à cette époque la forme de la concession à titre précaire. La plupart des usufruits relevés par les formules ou par les chartes supposent un propriétaire qui, en donnant son bien, s'en réserve la jouissance pour la durée de sa vie : c'est un usufruit retenu plutôt que constitué.

Les textes nous parlent plus souvent et plus volontiers, comme nous l'avons vu, des droits d'usage dans les bois, pâturages et autres *communia* (2). Mais ils s'expliquent encore moins sur les servitudes réelles que sur l'usufruit. Les Gallo-Romains les connaissaient au moment des invasions, mais non les Francs, car, parmi eux, nous l'avons constaté, la propriété immobilière n'était pas encore en ce moment définitivement organisée. Les servitudes sont peut-être devenues plus rares en Gaule à mesure que les grands domaines se multipliaient. Mais il est impossible qu'elles aient jamais disparu, car elles sont inhérentes à la propriété foncière. On ne comprend pas plus l'existence de la propriété immobilière sans servitude qu'on ne peut admettre la liberté de l'individu sans aucune restriction. D'ailleurs, en aliénant un immeuble à un Franc, le Gallo-Romain le lui transmettait avec toutes les servitudes actives ou passives précédemment établies. On peut conjecturer, malgré l'absence de tout texte sur ce point, qu'à défaut d'usages nationaux, les Francs ont accepté le droit observé avant eux.

Quant à l'hypothèque romaine, elle ne parait pas avoir convenu aux Barbares. On n'en rencontre aucune trace dans

concerne un bénéfice et non un usufruit. Voy. aussi Zeumer, p. 349, 352, 358, 361, 386.

(1) Voy. Pérard, *op. cit.*, p. 22 et Thévenin, *op. cit.*, n° 75, p. 98.

(2) Thévenin, *op. cit.*, n°s 43, 44, 70, 111, 180.

la loi propre aux Visigoths, bien que ce peuple ait souvent accepté les principes du droit romain et qu'il ait consacré l'existence de l'hypothèque dans sa *Lex romana* (1). L'hypothèque romaine était en effet tout à fait contraire au système formaliste et symbolique des *Leges*. On sait qu'elle était constituée par le seul échange des consentements, par simple pacte, comme disaient les jurisconsultes romains. On rencontre au contraire le gage même sur les immeubles et il est dès lors permis d'en conclure qu'il pouvait aussi être établi sur des meubles (2). Il est bien probable que le gage même sur les immeubles ne fut pas admis tout de suite sans difficulté. Nous aurons en effet occasion de constater que les immeubles ne garantissaient pas la dette d'un débiteur; le créancier n'avait pas le droit de les saisir; il ne s'attaquait qu'aux meubles. C'était probablement une conséquence du principe de la propriété de famille. Toutefois on en arriva, sous forme d'aliénation de la jouissance, à conférer un véritable droit réel de gage. Il était ordinairement convenu que le créancier posséderait l'immeuble du débiteur jusqu'au parfait paiement de la dette et en percevrait les fruits à son profit sans aucune imputation sur le capital de la créance (3). A défaut de paiement à l'échéance, le capital était porté au double. Un nouveau délai commençait à courir pendant lequel l'immeuble restait encore entre les mains du créancier à titre de gage et avec droit de s'attribuer les fruits comme par le passé. Enfin on ajoutait parfois qu'à défaut de paiement au terme définitif, le créancier deviendrait de plein droit propriétaire de la chose engagée (4). Nous retrouverons

(1) *Lex romana Visigothorum*, éd. Hänel, p. 438.

(2) Simond, form. 18; Zeumer, p. 145; Cpr. Rozière, form. 374 et suiv.

(3) Cartulaire de Cluny, n° 157 : *Noverint omnes homines quod ego Ascherius dono monachis Cluniensibus in cautione, homines meos francos in villa Vetuscurt et aliam terram quam ibi habeo, pro quadraginta solidis, ut teneant ipsam terram et francos diebus vitæ meæ et post meum discessum similiter teneant usque in diem solutionis*. Thévenin a également publié ce texte, n° 120, p. 174. On remarquera qu'il appartient au dernier temps de notre période; il se place entre les années 910 et 927.

(4) Voy. formule d'Anjou, 22, Zeumer, p. 11; form. d'Anjou, 38, Zeumer, p. 17; Rozière, form. 374 et suiv.

cette forme d'engagement au moyen âge où nous aurons occasion de parler du mort-gage et du vif-gage.

## § 15. — LE DROIT DE SUCCESSION.

Les régimes de succession pratiqués par les Barbares qui s'établirent sur les ruines de l'Empire romain ne sont pas bien connus. Les principes du droit romain et ceux du droit germanique s'étant rencontrés, il en est résulté parfois une véritable lutte, d'autres fois de la confusion. Pour les Romains devenus sujets des Barbares, il ne s'opéra aucun changement sérieux; les codes promulgués à leur intention consacrèrent le système de succession du droit romain tel qu'il fonctionnait à l'époque de Théodose. Ce n'était plus l'ancien droit de Rome établi avant tout dans des vues purement politiques et sans tenir grand compte des affections de famille, et ce n'était pourtant pas encore le droit de Justinien qui, pour déterminer la dévolution dans les successions *ab intestat*, s'attacha presque uniquement aux liens d'affection naissant de la famille naturelle. Nous sommes en présence d'un système intermédiaire qui commence à donner plus largement satisfaction aux liens du sang et n'ose cependant pas encore détruire complétement l'ancien régime successoral destiné à conserver la famille politique (1). Ainsi l'édit de Théodoric reconnaît le privilège des agnats sur les cognats, mais il préfère les enfants et les descendants à tous les autres parents (2). Dans le Papien, la préférence au profit des agnats est également maintenue; mais entre fils et filles, le partage doit être parfaitement égal (3). Quant au Bréviaire d'Alaric, il reproduit purement et simplement les constitutions de Constantin et de Théodose (4).

(1) On trouvera dans tous les auteurs qui ont écrit sur le droit romain, l'exposé des différents régimes de succession *ab intestat* qui ont été en vigueur chez les Romains. Voy. notamment Accarias, *Précis de droit romain*, II, p. 1 et suiv.

(2) Edit de Théodoric, chap. 23.

(3) Tit. X, § 1 et 19.

(4) Voy. à cet égard, Boissonnade, *Histoire de la réserve héréditaire*, p. 151 et suiv.

On reconnaît sans difficulté que les divers régimes de succession organisés pour les Barbares par les lois faites à leur usage remontent toutes à la source primitive de la copropriété de la tribu ou de la famille. Pendant la période franque et même dans la suite, il a existé, tout au moins dans certaines contrées, un droit de succession parfois assez énergique au profit des *vicini*, c'est-à-dire des habitants du village, et qui était manifestement un dérivé de la copropriété de la tribu. Nous avons vu que d'après un édit de Chilpéric I[er] les fils, les filles, les frères, les sœurs doivent venir avant le groupe des *vicini*. Mais les traces de la communauté de famille sont encore bien plus nombreuses et on peut même dire qu'une partie du régime successoral des lois barbares repose sur ce principe. Comment expliquer autrement que le testament ait été, tout au moins à l'origine, inconnu? Chez les Burgondes, les fils pouvaient, du vivant de leur père, exiger le partage du patrimoine et réduire leur auteur à sa quote-part (1). De même, nous voyons encore dans certaines formules des aliénations d'immeubles qui se font avec le consentement de l'héritier. Ce sont là autant de traces et même d'affirmations de l'ancienne propriété de famille. On en relève encore d'autres non moins curieuses à des époques plus récentes et dans un grand nombre de pays de l'Europe (2).

Mais il est inutile de nous attacher plus longtemps à ce point sur lequel on s'entend très généralement. Il est non moins certain que cet ancien système de succession est commun à la plupart des peuples de la race indo-européenne. Ainsi le droit reconnu au fils par la loi burgonde est aussi consacré dans l'Inde et on en retrouve l'existence dans l'ancien droit hongrois (3). Mais les difficultés commencent lors-

(1) Loi des Burgondes, tit. I, § 1 et 2; tit. XXIV, § 5; tit. LI, § 1.

(2) Voy. la formule 159 dans Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, p. 225. Cette formule est de l'an 1049. Cpr. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 702 et suiv.

(3) Loi des Burgondes, tit. I, § 1, 2; tit. XXIV, § 5; tit. LI, § 1, dans Pertz. *Leges*, t. III, p. 532, 544, 555. — Cf. Huber, *Die historischen Grundlage des ehelischen Güterrechts der Berner Handfeste*, Bâle, 1884, p. 16. — Mitacshara, I, 2, 7,

qu'il s'agit de déterminer le développement historique des divers régimes successoraux consacrés par les lois barbares.

D'après une première doctrine, en Germanie, sauf certaines exceptions ou particularités, l'aîné seul héritait; cela était surtout vrai pour les biens patrimoniaux et les immeubles. Chez certains peuples, le droit d'aînesse s'étendait même sur tous les meubles. Quant aux filles, elles n'héritaient pas de la terre et venaient seulement sur les meubles. Après les invasions, ce système subit d'importantes modifications. Le testament est autorisé sous l'influence de l'Église. Le droit d'aînesse n'existe plus et tous les fils se partagent la succession. Quant à l'exclusion des filles ou des femmes, elle tend à disparaître de plus en plus. Dans cette opinion, la loi qui conserve le mieux le système de l'ancienne coutume est celle des Thuringiens. D'après cette loi, comme dans l'ancienne Germanie, le fils est toujours préféré à la fille, les parents par les mâles aux parents par les femmes; comme au temps de Tacite, les femmes sont exclues de la terre : « L'héritage du défunt, porte la loi des Thuringiens, passe à son fils et non pas à sa fille. S'il n'y a pas de fils, la fille prend l'argent et les esclaves, mais la terre passe au plus proche parent de la ligne paternelle. S'il n'y a ni fils ni fille, c'est le frère du défunt qui hérite. A défaut de frère, la sœur prend les meubles, mais c'est le plus proche collatéral qui hérite de la terre (1). » Dans cette loi, on le voit, non seulement le fils est préféré à la fille, mais les collatéraux eux-mêmes, de la ligne paternelle, excluent la fille de la terre; d'une manière plus générale même, les femmes n'héritent presque jamais des immeubles, mais seulement des meubles. D'autres lois barbares consacrent déjà une législation moins rigoureuse pour les femmes : celles-ci ne sont plus complétement exclues de tous les immeubles, mais seulement des biens patrimoniaux. Tel est le système de la loi salique et celui de la loi ri-

trad. Orianne, p. 52; d'après Poisnel dans la *Nouvelle Revue historique*, t. III, p. 445, note 1.

(1) *Lex Angliorum et Werinorum* tit. VI, dans Pertz, *Leges*, V, p. 123.

puaire (1). Bientôt l'exclusion de la fille est supprimée par l'édit de Chilpéric (chap. 3) et par le décret de Childebert (chap. 1) (2). Certaines lois barbares réalisent même tout de suite et directement un nouveau progrès : les filles et les femmes peuvent hériter même des biens patrimoniaux ; elles ne sont plus exclues, *ad infinitum*, mais les mâles exercent sur elles un droit de préférence. Ainsi la loi des Burgondes admet la fille à la succession, sans distinction de biens, mais seulement à défaut de fils, et tel semble bien avoir été aussi le système de la loi des Alamans (3). Dans la loi de Rotharis, la fille ne vient qu'à défaut de fils et encore ne prend-elle pas toute la succession : elle n'a droit qu'à un tiers de l'héritage ; les deux autres tiers sont l'un pour les fils naturels et l'autre pour les collatéraux les plus proches (4). Quatre-vingts ans plus tard, le roi Luitprand complète cette réforme et décide qu'à défaut de fils, la fille prendra toute la succession à l'exclusion des autres parents (5). La loi des Saxons admet aussi la fille à la succession à défaut de fils (6).

La tendance des lois barbares a donc toujours eu pour objet d'élargir les droits des filles et des femmes dans les successions. L'ancienne préférence au profit des mâles a plus ou moins disparu.

Tel est l'ensemble d'une doctrine qui compte de nombreux partisans (7). Elle renferme sans doute une certaine part de vérité, mais des réserves sont nécessaires sur un grand nombre de points et surtout en ce qui touche le développement historique des droits de succession des femmes.

Il est très vrai que les Germains ne connaissaient pas le testament. Tacite est formel sur ce point et ce fut seulement

(1) Loi salique, tit. LIX; Loi des Ripuaires, t. LVI, § 4.

(2) Boretius, *Capitularia*, p. 8 et 15.

(3) Loi des Burgondes, tit. XIV, dans Pertz, *Leges*, III, p. 538. — Loi des Alamans, tit. LVII.

(4) Lois de Rotharis, chap. 158 et 159.

(5) Lois de Luitprand, I, 1.

(6) Loi des Saxons, tit. VII.

(7) Ce système parait être accepté aussi par M. Fustel de Coulanges dans ses *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 233.

sous l'influence de l'Église que le testament parvint à pénétrer dans le droit barbare. S'il n'avait pas été protégé par les clercs, il aurait probablement rencontré plus de résistance. Le testament était en effet contraire au principe de la propriété de famille.

Quant au droit d'aînesse, nous avons constaté ailleurs qu'il n'existait plus chez les Germains au temps de Tacite, si ce n'estchez les Tenctères (1). L'historien romain dit formellement qu'en ligne directe descendante, tous les enfants héritent (2). Le mot *liberi* est général et comprend aussi bien les filles que les fils, et Tacite a même soin de les qualifier d'héritiers siens pour montrer qu'ils héritent d'eux-mêmes en vertu de la copropriété de famille (3). Tel était le droit commun des successions.

Voyons maintenant ce qu'est devenu ce système de succession dans les lois barbares.

La loi salique s'occupe des successions dans le titre LIX de l'ancienne rédaction et dans le titre LXXII de la loi amendée sous Charlemagne (4). Ces deux titres portent comme rubrique, l'un *De alodis*, l'autre *De alode*. La première question est donc de savoir quel est le sens de ce mot. C'est sans aucun doute un terme d'origine franque, mais on est loin de s'entendre sur son sens primitif. Certains auteurs ont prétendu autrefois que ce mot était synonyme du latin *sors*, partage, et qu'il désignait les terres distribuées aux Francs à l'époque de la conquête. Mais cette opinion est aujourd'hui définitivement abandonnée. Ceux qui prétendent la rédaction de la loi salique antérieure à Clovis font remarquer que ce

(1) Voy. nos *Observations sur la famille et la propriété chez les Germains.*

(2) Tacite, *Germanie*, § 20 : « *Hæredes tamen successoresque sui cuique liberi : et nullum testamentum. Si liberi non sunt proximus gradus in possessione fratres, patrui, avunculi.* »

(3) Même en admettant que *sui* se rapporte à *cuique* et non à *hæredes*, le sens de la phrase n'est pas sérieusement modifié; Tacite ne donne plus alors aux enfants la qualité d'héritiers siens, mais cette circonstance est sans importance puisqu'on admet d'ailleurs la copropriété de famille chez les Germains.

(4) Voy. Pardessus, *Loi salique*, p. 33 et 318.

terme alleu était déjà employé à une époque où aucun partage n'avait été fait. Mais en laissant de côté la controverse relative à la date de la loi salique, on peut faire remarquer que cette explication n'a aucun rapport avec le sens que présente le mot alleu dans le titre LIX de cette loi. Aussi est-on généralement d'accord aujourd'hui pour faire venir alleu de *al*, signifiant tout, et de *od* ou peut-être *lod*, signifiant bien ou propriété. Mais même ainsi expliqué quant à son origine, le mot alleu a présenté plusieurs sens successifs et différents. Il a d'abord désigné toute succession; c'est avec ce sens qu'il apparait dans la loi salique et dans les formules les plus anciennes (1). D'assez bonne heure toutefois, on voit apparaître à côté du mot alleu, un mot destiné à en restreindre la portée, le mot *parentum*. Ainsi certaines formules parlent de *alode parentum* (2). C'est qu'en effet on a été bien vite amené à distinguer deux sortes de biens, ceux qui avaient été acquis par concession et ceux que l'on tenait de famille, et alors le mot alleu servit pendant quelque temps à distinguer ces derniers biens des précédents (3). Bientôt le mot alleu prit un troisième sens que nous avons déjà expliqué et sur lequel il n'est pas nécessaire de revenir : il désigna la terre libre de toute redevance privée et de toute suzeraineté (4). Pour le moment, nous allons parler de l'alleu comme désignant la succession, l'ensemble du patrimoine. C'est bien dans ce sens, en effet, que le mot est pris jusqu'à trois fois par les textes du titre *De alode* et qu'on le retrouve encore dans d'autres (5).

(1) Loi salique, tit. LIX ; Loi ripuaire, tit. LVI. — Rozière, form. 5 et 8.

(2) Voy. par exemple, Rozière, form. 221, 247, 384. Cf. Marculfe, liv. II, form. 14. Cette dernière formule se trouve dans Thévenin, *op. cit.*, n° 16, p. 17.

(3) Voy. par exemple, Grégoire de Tours, liv. IX, § 38. — Marculfe, liv. I, form. 12.

(4) Voy. pour plus de détails sur cette question, Chénon, *Etude sur l'histoire des alleux*, p. 1 et suiv.

(5) Voy. notamment Marculfe, liv. II, form. 10 et 14. Zeumer, p. 80 et 84. De même on lit dans le tit. II, chap. 1, § 3 de la loi des Bavarois : *Ut nullus alodem aut vitam perdat sine capitali crimine*, et la suite du texte explique bien notre mot, car elle porte : *Et exinde probatus, tunc in ducis sit potestate et vita ipsius et omnes res ejus et patrimonium.*

La loi salique, au titre des successions, *De alode*, tit. LXII de la *lex emendata*, est divisée en six paragraphes. Les cinq premiers s'occupent de l'attribution de la succession en général; le sixième est consacré à un mode particulier de dévolution de certains biens et il a pour objet d'exclure les femmes de ces biens. Les anciens textes de la loi salique ne contiennent que cinq paragraphes, mais le dernier règle aussi un mode spécial de dévolution. Il n'est pas sans intérêt de rapprocher ces deux textes. Le paragraphe 1er de la loi salique porte : *De terra vero nulla in muliere hæreditas non pertinebit, sed ad virilem secum* (*leg. sexum*) *qui fratres fuerint tota terra perteneunt.* Dans la *lex emendata*, ce passage est modifié de la manière suivante : *De terra vero salica, nulla portio hæreditatis mulieri veniat : sed ad virilem sexum tota terræ hæreditas perveniat.* Malgré ce changement de rédaction entre les deux textes, de nombreux auteurs, et parmi eux Pardessus, pensent qu'ils posent tous les deux la même règle : il faudrait sous-entendre dans l'ancien texte l'épithète *salica.* Il importe de préciser dans quelle mesure cette explication est exacte.

En premier lieu, demandons-nous en quoi consiste la *terra salica.* Ce qui nous parait certain, c'est que ces mots *terra salica* ne peuvent pas désigner la totalité de la fortune du défunt, mais au contraire seulement certains biens. Quels sont alors ces biens? Dirons-nous que *terra salica* est tout simplement synonyme de terre et qu'en conséquence les femmes ont toujours été exclues de la succession de toutes les terres, sous Charlemagne comme au temps de Clovis? Cette interprétation ne saurait être sérieusement défendue, à cause du sens beaucoup trop large qu'il donne au mot *terra salica.* On ne peut pas considérer comme plus sérieuse l'opinion suivant laquelle la *terra salica* est celle qui a été attribuée après la conquête aux compagnons de Clovis. La plupart des anciens partisans de la conquête professent cette opinion et il faut reconnaître qu'il n'y aurait pourtant pas contradiction à nier la conquête et à donner ce sens au mot *terra*

*salica*, car si les compagnons de Clovis se sont établis paisiblement et sans déposséder les Romains, ils n'en ont pas moins obtenu les terres du fisc; ce seraient ces terres qui auraient pris le nom de *terræ salicæ*. Mais de quelles terres veut-on parler? A-t-on en vue les terres données en bénéfice? Cela est impossible, puisqu'à cette époque les bénéfices n'étaient pas héréditaires et que nos termes sont employés en matière de succession. Il s'agissait donc des terres concédées en pleine propriété et par opposition aux terres romaines. Mais alors il devrait exister aussi en Bourgogne une *terra burgundiana;* chez les Visigoths, une *terra visigotha*, etc. Or, ces terres ne se rencontrent pas, et dans toute la Gaule, au contraire, on emploie le mot *salica*.

D'après une ancienne interprétation, *terra salica* serait synonyme de *seliland* et désignerait l'habitation principale du Franc avec les terres et dépendances qui y étaient contiguës et annexées. Il est certain qu'une glose florentine de la loi salique a interprété *terra salica* par *seliland;* mais une traduction n'est pas une explication. Il est encore vrai que le mot *sala* désigne une habitation dans l'ancien allemand de ce temps (1). Mais il semble que si l'on avait entendu donner à ce mot ce sens juridique, il aurait dû être adopté par la loi des Ripuaires, car les Francs Saliens et les Francs Ripuaires parlaient le même idiome. Or, la loi des Ripuaires, tout en reproduisant la disposition de la loi salique, parle de *terra aviatica* au lieu de *terra salica*.

C'est ce qui décide M. Pardessus à repousser cette explication. Nous croyons cependant qu'on peut l'adopter avec quelques modifications et la concilier avec les termes de la loi des Ripuaires. Cette disposition de la loi salique a évidemment en vue les immeubles de famille. C'est par ce motif qu'elle exclut les filles et les femmes; si elles pouvaient venir à ces biens, ceux-ci sortiraient souvent de la famille, car les femmes changent de famille par leur mariage. Tel est précisément le résultat que veut éviter la loi salique. Il s'agit avant tout

(1) Voy. par exemple, *Diplomata*, t. II, p. 284 et 333.

d'en préserver l'habitation de la famille et les terres qui l'entourent. C'est même à ces seuls biens que pense le législateur. D'après les anciennes coutumes que rapporte le texte primitif de la loi salique, le *seliland*, c'est-à-dire l'habitation et les terres qui en dépendent, sont les seuls immeubles susceptibles d'une véritable propriété privée, et par conséquent de transmission par succession. Dire que les femmes sont exclues de la terre ou qu'elles n'héritent pas du *seliland*, c'est employer deux formules synonymes. On voit par là en quel sens restreint doit être entendue à l'origine l'exclusion des femmes de la terre. Après l'établissement des Francs en Gaule, toute terre devient en principe susceptible de propriété privée, mais on n'applique la préférence des mâles qu'à la *terra aviatica* dans la loi des Ripuaires, parce qu'en effet cette terre est seule le vrai bien de famille. Il n'en est pas moins vrai que toute terre pouvant devenir *aviatica*, l'exclusion des femmes est déjà plus large que dans la loi salique, bien que les termes de cette loi semblent plus généraux et ceux de la loi des Ripuaires plus restrictifs. La *lex emendata* adopte le système de la loi des Ripuaires, et *terra salica* y est employé comme synonyme de *terra aviatica*.

Il existait donc pour certains biens une préférence au profit des hommes sur les femmes. Celles-ci étaient même peut-être parfois complétement exclues. C'est ici le lieu de nous expliquer sur l'origine, l'étendue et la durée de ce droit de préférence ou même d'exclusion au profit des mâles.

On a soutenu que, déjà au temps de Tacite chez les Germains, les femmes comme les ascendants, n'avaient aucun droit de succession. Il est certain que Tacite ne parle pas spécialement des femmes. Il semble cependant qu'elles aient hérité en ligne directe, car nous avons vu que la succession allait d'abord aux *liberi* sans distinction de sexe. L'exclusion aurait seulement existé en ligne collatérale. Tacite est même si laconique, qu'à vrai dire, il est impossible de savoir s'il s'agit d'une exclusion ou seulement d'un droit de préférence. Il est assez probable que le droit successoral variait fré-

quemment chez les tribus germaines. Tacite s'est borné à nous rapporter le droit commun et à révéler une particularité chez les Tenctères, mais il en existait encore d'autres et quelques-unes ont dû étendre leur reflet jusque dans les lois barbares et même en plein moyen âge. Plus une coutume se prolonge au travers des siècles, plus ceux qui sont à la recherche de son point de départ peuvent affirmer qu'il est lointain et se perd même parfois dans la nuit des temps. Or il semble bien que d'après les antiques usages de la Germanie, on ait attribué dans la succession, les biens d'après les convenances et les aptitudes de chacun. Ne voyons-nous pas les Tenctères donner les chevaux, non pas à l'aîné, mais au fils qui était le plus apte à la guerre, probablement parce que chez ce peuple la cavalerie était l'arme de préférence (1)? Plus tard, la loi des Burgondes et celle des Thuringiens qui, malgré sa rédaction un peu récente, paraît avoir conservé parfois de vieux usages, attribuent certains biens aux femmes, à l'exclusion des hommes qui n'en sauraient tirer aucun profit (2). Ce sont, en général, les bijoux, les étoffes et autres ornements du corps. De même les armes de guerre et de chasse doivent, d'après la coutume des Thuringiens, revenir aux héritiers mâles seuls (3). Ces attributions étaient si conformes aux mœurs, qu'on les retrouve encore en plein moyen âge, notamment dans les Miroirs de Saxe et de Souabe, dans les statuts de villes de l'Allemagne et des Pays-Bas et même, mais beaucoup plus rarement, jusque dans nos anciennes coutumes (4).

(1) Tacite, *Germanie*, § 32.

(2) Loi des Burgondes, tit. LI, § 3 : « *Ornamenta quoque et vestimenta matrimonialia ad filias absque ullo fratrum consortio pertinebunt.* » — Loi des Thuringiens, tit. VI, § 6 : « *Mater moriens filio terram, mancipia, pecuniam dimittat, filiæ vero spolia colli, id est muneras, nuscas, monilia, inaures, vestes, armillas, vel quidquid ornamenti proprii videbatur habuisse.* » — *Ibid.*, tit. VII, § 6 : « *Qui ornamenta muliebria, quod rheda dicunt abstulerit...* »

Nous verrons que si la loi des Thuringiens conserve les anciens usages pour ces biens sans importance, au contraire quant au régime de la terre, elle est tout à fait pénétrée par l'esprit du droit de Charlemagne.

(3) Loi des Thuringiens, tit. VI, § 5.

(4) Voy. *Miroir de Saxe*, liv. I, tit. XXVII, § 1.—*Miroir de Souabe*, chap. 267.

Ces textes confirment et développent, dans une certaine mesure, le passage de Tacite : « Les filles viennent bien en concours avec les fils, mais chez certains peuples, peut-être même chez la plupart, on donne à chacun ce qui lui convient le mieux. » D'ailleurs, il n'est pas question des femmes en ligne collatérale. Quant au silence de Tacite à propos de la terre, il s'explique par le peu de valeur qu'elle offrait à cette époque. Mais les mêmes raisons qui avaient fait observer un certain procédé pour le partage des meubles, conduisaient à attribuer l'habitation au fils continuateur de la famille et d'une manière plus générale les terres aux mâles, plus capables de les cultiver.

Après l'établissement des Barbares sur le sol de l'Empire, leurs lois reproduisirent les variétés qui existaient déjà auparavant et les accentuèrent même davantage. On peut toutefois ramener à quatre, les principaux systèmes qui furent observés. Trois, parmi eux, sous l'influence manifeste des mœurs germaniques, accordent une préférence plus ou moins étendue aux hommes sur les femmes.

Le premier système est celui de la loi des Visigoths qui fait venir également à la succession les fils et les filles sans aucune distinction de biens (1). C'est peut-être le système rapporté par Tacite. On affirme cependant avec plus de certitude qu'il a été surtout adopté par les Visigoths sous l'influence du droit romain. Il n'est pas possible de nier cette influence ; elle se manifeste jusque dans les motifs donnés par la loi des Visigoths pour expliquer cette égalité et qui ne manquent pas d'une certaine élévation tout à fait inconnue dans les textes des lois barbares : *quos propinquitas naturæ consociat hæreditariæ successionis ordo non dividat.* Mais tout en reconnaissant l'action du droit romain, il faut bien admettre aussi que

— *Rechtsbuch* de Dithmar, chap. 221 et 222. — On lit dans l'art. 568 de notre Coutume de Bretagne : « Les harnois de guerre ne chéent en partage, et doivent demeurer à l'hoir principal des nobles, et l'eslite des chevaux avec leurs harnois. » La Coutume du Bourbonnais contient une disposition analogue (301).

(1) Loi des Visigoths, IV, 2, 1 et suiv.

si ce système d'égalité parfaite avait été en contradiction avec les mœurs et les usages des Barbares, il n'aurait pas aussi facilement passé dans la loi des Visigoths.

D'ailleurs, le second système, celui du droit franc, contenu dans la loi salique et dans celle des Ripuaires, consacre aussi l'égalité entre les hommes et les femmes pour toute la succession, sauf une importante exception, celle qui concerne le *seliland;* celui-ci est réservé aux mâles. Les femmes supportent donc déjà une grave et importante restriction.

Dans le troisième système, les filles du défunt sont encore moins bien traitées. Tandis que le droit franc les admet en concours avec les fils, sauf exception pour la *terra aviatica*, ces diverses lois, toutes d'une époque postérieure, consacrent l'exclusion des filles par les fils; mais d'ailleurs les filles excluent les parents collatéraux (1).

Enfin, en dernier lieu, la loi des Thuringiens, dont la rédaction est aussi la plus récente, se montre d'une sévérité toute particulière vis-à-vis des filles. Le fils exclut toujours la fille. Le défunt laisse-t-il seulement une fille, celle-ci acquiert *pecuniam et mancipia*, c'est-à-dire les meubles et les esclaves qui ne sont pas attachés à la terre, mais les immeubles vont au collatéral le plus rapproché dans la ligne paternelle. S'il n'existe pas de descendants, la sœur du défunt prend les meubles; les immeubles continuent à être attribués au collatéral le plus proche de la ligne paternelle. A défaut de sœur, c'est la mère qui vient, mais seulement pour les meubles. Après elle, toute la succession est attribuée, meubles et immeubles, au collatéral le plus proche par les mâles et ainsi jusqu'au cinquième degré. C'est seulement à défaut des collatéraux jusqu'au cinquième degré, que la fille peut enfin hériter de la terre de son père et alors, comme dit le texte, la succession passe de la lance au fuseau. S'agit-il de la succession d'une femme, le fils prend la terre, les meubles et

(1) Loi des Alamans, II, 91 et Lois de Lothaire, chap. 57, § 1 et 2. — Loi des Bavarois, tit. XIV, chap. 8, § 1; chap. 9, § 1 et 3. — Loi des Bourguignons, tit. I, § 2 et 3; tit. XIV, § 63; tit. LXXV, tit. LXXXVIII. — Lois de Luitprand, chap. 102.

tous les esclaves. La fille n'a droit qu'aux meubles de nature à servir aux femmes. Mais à défaut de fils, la fille vient à la succession de sa mère pour les meubles et les *mancipia;* puis la sœur, etc. Quant à la terre, elle est aussi, jusqu'au cinquième degré, pour le collatéral le plus proche par les mâles. C'est seulement à défaut de collatéral au cinquième degré que la fille vient à la succession et acquiert les immeubles comme les meubles.

On voit qu'en suivant l'ordre de dates de la rédaction des lois barbares, nous constatons une tendance marquée à accentuer sans cesse la préférence au profit des mâles.

Nous pouvons ajouter que les mêmes tendances existent dans le Midi. Nous avons vu qu'au sud de la Loire, l'élément romain avait continué à dominer en matière de succession; cependant, au VIII^e et au IX^e siècles, il commençait à s'altérer sous l'influence des mœurs du Nord. Ainsi on admettait toujours la liberté testamentaire et à défaut de testament le partage égal entre tous les enfants sans distinction de sexe. Mais tandis que dans les pays du Nord on avait fait pendant quelque temps des testaments pour rappeler à succession les filles injustement exclues par la loi salique, dans le Midi, aux VIII^e et IX^e siècles, un mouvement général se produisait en sens contraire : on faisait son testament pour écarter les filles ou tout au moins pour réduire leur part (1). La coutume s'était définitivement prononcée en faveur de la suprématie des mâles.

Nous aboutissons ainsi à une conclusion en sens contraire de celle qu'ont adoptée de nombreux historiens qui ont eu le tort d'étudier les lois barbares sans tenir compte des époques où elles ont été écrites et en s'inspirant seulement de conjectures pour distinguer ce qui est ancien de ce qui est nouveau. Par ce second procédé, on est allé parfois même jusqu'à dire que l'exclusion des filles de la terre a disparu de très bonne heure et on cite à l'appui de cette

(1) Voy. par exemple Vaissète, *op. cit.*, t. II, n° 413. Cpr. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, 2e éd., p. 387.

solution un édit de Chilpéric (chap. 3) et le décret de Childebert (chap. 3) (1).

Nous verrons bientôt comment on peut expliquer ces textes; mais relevons d'abord combien il devient difficile, sinon impossible, de comprendre le passage de la loi salique excluant les femmes de la terre salique dans le texte revisé sous Charlemagne. Tout au plus pourrait-on dire qu'on a conservé dans la *lex emendata*, le système de succession autrefois consacré par la loi salique à titre purement historique. On rencontre, en effet, d'autres dispositions de cette nature. Certains textes abrogés, même de très bonne heure, par exemple ceux qui concernent la *chrenecruda*, supprimée au VIe siècle, ont cependant été conservés dans la suite. Mais cette explication ne saurait être satisfaisante pour le titre consacré aux successions. Qu'on ait maintenu dans la loi salique des dispositions tombées en désuétude ou même abrogées, mais non remplacées, cela se conçoit encore. Il est plus difficile de comprendre qu'on ait pu y conserver un régime de succession depuis longtemps abrogé par des lois antérieures. Mais ce n'est pas tout : si l'on compare les plus anciens textes de la loi salique à celui de la *lex emendata*, on constate que le titre *De alode*, relatif aux successions, n'a pas été purement et simplement copié sur l'ancien texte dans la révision faite au temps de Charlemagne. On s'est attaché à le modifier et à le compléter. Les commissaires de Charlemagne n'auraient certainement pas procédé de cette manière s'il s'était agi d'un texte tombé en désuétude ou abrogé; ne le supprimant pas, ils l'auraient, par respect de la tradition, conservé tel qu'il existait. On ne remanie pas des textes qui ne comportent plus aucune application pratique.

De ce qui précède il résulte : qu'au temps de Clovis les filles et les femmes n'héritaient pas de la terre, qu'au temps de Charlemagne elles n'héritent pas davantage de la *terra salica*. A l'origine, la femme ne peut pas acquérir une terre

(1) Voy. notamment Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 245. On trouvera ces deux textes dans Boretius, p. 8 et 15.

par succession; c'est ce que se bornent à déclarer les anciens textes; mais on se rappelle qu'à cette époque certaines terres seules sont susceptibles de propriété privée. Le législateur a certainement emprunté cette loi à une vieille coutume germanique. Mais cette coutume n'était pas générale, puisque Tacite fait venir les fils et les filles en concours; tout au moins faudrait-il soutenir qu'elle s'est établie entre l'époque de Tacite et celle des invasions; ce serait une pure conjecture. Ce qui est certain, c'est qu'au temps de Clodion, où la loi fut peut-être rédigée et au temps de Clovis, où elle fut certainement revisée, le régime de la terre n'était pas encore bien établi. N'attacherait-on, comme autrefois, d'importance qu'à l'habitation et à la terre environnante? Les autres terres resteraient-elles plus ou moins communes? Quelles seraient définitivement ces terres? Autant de problèmes qu'il était impossible de résoudre au temps de Clodion. Mais grâce à la civilisation romaine, et aussi à la force de la monarchie franque, l'ordre ne tarda pas à s'établir dans une certaine mesure et déjà la loi ripuaire, beaucoup plus nette, emploie des termes précis pour exclure les filles et les femmes de la *terra aviatica*, c'est-à-dire des immeubles provenant de succession. Le terme est assez clair pour s'expliquer de lui-même et c'est aussi avec ce sens qu'il est employé dans les formules (1). On comprend sans difficulté cette persistance de l'exclusion des filles et des femmes pour les immeubles de famille. C'est sous l'influence de l'aristocratie des leudes que se maintinrent ces rigueurs envers les filles. Ces nobles étaient restés fidèles aux anciennes coutumes, à la transmission d'après la loi salique qui assurait en effet la conservation des familles. Othon de Frésinge écrivait encore au x[e] siècle : « Les plus nobles des Francs qui sont appelés *salici* usent encore de la loi salique; *salica lege nobilissimi Francorum, qui salici dicuntur, adhuc utuntur* (2). Cet attachement des nobles à l'ancienne coutume franque est déjà

(1) Marculfe, liv. II, form. 12; Zeumer, p. 63.
(2) Voy. Chronique de Frésinge, IV, 32, dans Bouquet.

constaté par l'édit de Chilpéric (1). Il s'est maintenu au travers des siècles et lorsqu'on l'a bien constaté, on ne s'étonne plus alors de rencontrer dans la *lex emendata* une disposition qui exclut les femmes de la *terra aviatica*.

C'est toutefois une question très délicate que celle de savoir si dans la loi salique l'exclusion des femmes, relativement à la terre, est absolue ou si elle est admise seulement à égalité de degré. En d'autres termes, les hommes excluent-ils complétement les femmes, de telle sorte que celles-ci viendraient seulement à défaut d'héritier mâle jusqu'au dernier degré, ou, au contraire, les hommes ne l'emportent-ils qu'à égalité de degré, de telle sorte par exemple que les filles seraient primées par les fils, mais qu'elles viendraient à défaut de fils? Les lois barbares répondent très diversement à cette question. La loi des Burgondes et celle des Alamans ne prononcent l'exclusion des femmes qu'à égalité de degré; ainsi la fille vient immédiatement après le fils et avant tous les collatéraux mâles (2). Dans la loi des Lombards, la fille est exclue par le fils légitime, mais elle concourt avec le fils naturel et les collatéraux : la succession se divise en trois tiers, le premier pour les filles, le second pour les fils naturels, le troisième pour les collatéraux les plus proches (3). Toutefois quatre-vingts ans plus tard, Luitprand appela à défaut de fils les filles à l'exclusion de tous autres (4).

Au contraire, la loi des Ripuaires semble bien dire, en termes absolus, que les femmes, même les filles du défunt, héritent des biens patrimoniaux seulement à défaut de parents mâles, même les plus éloignés. Cette loi porte en effet : « aussi longtemps qu'il existe des héritiers du sexe mâle, la femme n'hérite pas des biens patrimoniaux (5). »

(1) Chap. 10 : *De ille vero et convenit singulis, de terras istas qui si adveniunt ut leodis, qui patri nostri fuerunt, consuetudinem quam habuerunt de hac re, inter se conservare debeant.*

(2) Loi des Burgondes, tit. XIV, dans Pertz, *Leges*, III, p. 538. — Loi des Alamans, tit. LVII.

(3) Lois de Rotharis, chap. 158 et 159.

(4) Lois de Luitprand, tit. I, § 1.

(5) Loi des Ripuaires, tit. LVI, § 4.

Quel est, de ces deux systèmes, celui qu'a consacré la loi salique?

A notre avis, déjà dans les anciens textes de la loi salique, les femmes sont exclues de la terre non pas seulement à égalité de degré, mais d'une manière absolue, c'est-à-dire tant qu'il existe des mâles à un degré successible quelconque. Seulement ce système d'exclusion se précise ensuite en se limitant à la *terra salica*. Mais il se maintient avec une remarquable énergie sous l'influence de la noblesse, et au temps de Charlemagne il est tellement conforme à l'esprit de l'empire nouveau, qu'on songe à l'étendre à certains pays ou à le consolider dans d'autres. Aussi, retrouvons-nous ce système dans la loi des Thuringiens dont la rédaction date de l'époque où fut promulguée la *lex emendata* (1).

Ce qui prouve bien encore que l'exclusion complète des femmes était conforme à l'esprit du temps, c'est que Charlemagne a voulu par un capitulaire que les dispositions de la loi salique sur les successions fussent désormais appliquées aussi en Lombardie (2). On voit que nous ne sommes pas en présence d'une disposition tombée en désuétude, mais au contraire d'une loi dont l'application tend à s'élargir.

Pour soutenir que la loi salique a entendu exclure les femmes seulement à égalité de degré, on a invoqué l'édit de Chilpéric, qui, en effet, appelle formellement les filles à défaut de fils et avant les collatéraux (3). Mais nous ferons observer que ce texte est tout spécial et concerne seulement ceux qui *vicinos habent*, c'est-à-dire les personnes qui vivent dans une sorte de communauté agraire. Or il nous semble que si un édit de Chilpéric a été nécessaire pour établir cet ordre de

(1) Quant à la loi des Ripuaires, le tit. LVI, *De alodibus*, laisse place au doute. Certaines éditions portent : *Sed dum virilis sexus extiterit, femina in hæreditatem aviaticam non succedat.* D'autres éditions portent : *Sed cum*, etc. Ce dernier terme semble limiter l'exclusion des femmes seulement à égalité de degré, tandis que la première formule paraît consacrer une exclusion absolue.

(2) Capitul. Lombard de 813, cap. 1, dans Pertz, *Leges*, I, p. 191.

(3) Voy. Boretius, *Capitularia*, 8. M. Pardessus, *Loi salique*, 14e dissertation, p. 717, se prononce en faveur de cette opinion, sans toutefois citer, comme argument, l'édit de Chilpéric, qui n'était pas encore édité.

succession, c'est que le droit commun de la loi salique était tout à fait différent. Les mâles excluent complétement les femmes et non pas seulement à égalité de degré. Cette interprétation est bien confirmée par les anciens textes qui sont absolus. Dans tous les cas, même en admettant que ce système ait été abrogé par l'édit de Chilpéric, ce que nous ne croyons pas exact, il faudrait bien reconnaître qu'il a été ensuite restauré, car la loi salique amendée le consacre formellement.

Cette exclusion des filles nous est aussi révélée par une formule curieuse. Dans son testament un père qualifie d'impie cet usage consacré par la loi salique et il déclare qu'il entend faire venir sa fille en concours avec ses frères sur la *terra paterna*. Mais par cela même que cette formule suppose une sœur en concours avec ses frères en vertu du testament paternel, elle ne donne aucun renseignement sur la controverse que nous venons d'examiner (1).

D'ailleurs, sauf cette particularité, la dévolution de la terre salique se faisait de la même manière que celle des autres biens. Ainsi on appelait les parents dans le même ordre; le plus proche en degré excluait le plus éloigné. La représentation était inconnue. Le droit d'aînesse ayant certainement disparu au moment des invasions, la terre salique se partageait entre tous les héritiers du même degré : elle était essentiellement divisible comme le royaume lui-même. Mais dans la ligne collatérale, lorsqu'il existait des parents mâles de la ligne paternelle et des parents mâles de la ligne maternelle, comment la terre salique se partageait-elle entre eux? Appliquait-on déjà le système autrefois usité dans nos coutumes : *paterna paternis, materna maternis?* Ou bien les terres se divisaient-elles en deux moitiés, l'une pour la ligne paternelle, l'autre pour la ligne maternelle, comme le décident les Novelles de Justinien et notre Code civil pour l'ensemble de la succession? Ou encore les collatéraux de la

(1) Marculfe, liv. II, form. 12, Zeumer, p. 83. Cette formule est rapportée dans Thévenin, *op. cit.*, n° 14, p. 15.

ligne paternelle passaient-ils à égalité de degré avant ceux de la ligne maternelle? Ou enfin tous les collatéraux du même degré partageaient-ils également entre eux sans qu'on s'occupât de la ligne à laquelle ils appartenaient? On en est réduit à des conjectures. A notre avis, le système le plus probable est le premier. D'abord on le retrouve dans nos coutumes qui ont bien pu l'emprunter au droit antérieur. Ensuite c'est celui qui assure le mieux la conservation des biens dans les familles. En effet, la division des biens en propres ou acquêts, si importante dans notre ancien droit coutumier, surtout au point de vue des successions, remonte bien certainement au droit barbare. Dès le v[e] siècle et dans les suivants, les chartes des ventes, des donations, des testaments, distinguent soigneusement les biens d'après leur provenance : les uns sont des *bona comparata*, *acquisita*, en un mot, des acquêts; les autres proviennent *de alode de hæreditate paternica*, *maternica;* ce sont des *bona aviatica*. On ne les appelle pas encore des propres, parce que le mot *propria*, *proprium* avait un sens général et désignait à cette époque toute chose dont on était plein propriétaire à un titre quelconque (1), par opposition aux biens tenus en bénéfices. C'est plus tard seulement, sous la troisième race, qu'on se décida à prendre le mot *propre* dans un sens différent et plus restreint, celui de nos coutumes et par opposition à acquêt.

On a prétendu qu'indépendamment du système particulier établi pour la terre salique, la *terra aviatica*, la loi salique consacrait encore un autre régime spécial de succession pour le vergeld. Il est vrai que cette loi, dans son texte primitif, comme dans son texte amendé par Charlemagne, nous dit à quelles personnes doit être attribué le vergeld en cas de meurtre : la composition se partage en deux moitiés, l'une pour les fils, l'autre pour les parents les plus proches collatéraux, paternels ou maternels (2). Mais il ne s'agit pas là de

(1) Voy., par exemple, loi salique, tit. XLIII, § 7; Grégoire de Tours, liv. 9, § 38. Cpr. Ducange, v° *Proprium.*

(2) Loi salique, tit. LXII : § 1 : « *Si cujuscumque pater occisus fuerit, medietate compositionis filii collegant, et alia medietate parentes quæ proximiores sunt,*

la dévolution d'une succession. Ce qui le prouve, c'est que la dette naissant du meurtre n'existait pas encore du vivant du défunt; la créance de la composition est née directement au profit des fils et des collatéraux de la victime, mais ils ne l'ont pas acquise par succession. On s'explique ainsi cette attribution spéciale de la composition et le concours des collatéraux avec les fils. Ce meurtre du défunt est une offense à sa famille; celle-ci a le droit et le devoir de venger le mort. Comme ce droit existe, non seulement au profit des fils, mais encore au profit des autres parents, il est tout naturel que ceux-ci prennent avec ceux-là une part de la composition. Mais encore une fois, il ne peut pas être ici question de succession, puisque la créance de la composition est née directement au profit de la famille et n'a jamais existé dans le patrimoine du défunt. Il en serait tout autrement si la composition était due à raison d'un autre crime dont le défunt avait été victime : la créance de la composition se trouvait dans son patrimoine et elle se transmet à ses héritiers comme ses autres biens; cela résulte du silence même de la loi salique; celle-ci n'a réglé de l'attribution de la composition que pour le cas de meurtre et précisément parce que dans ce cas il n'y avait pas succession.

Occupons-nous maintenant de la règle générale des successions, comprenant tous les biens meubles ou immeubles, sauf la *terra salica*.

*tam de patre quam de matre inter se dividant.* » — § 2 : « *Quod si de nulla paterna seu materna nullus parens non fuerit, illa portio in fisco colligatur.* » Cf. Pardessus, p. 34. Le texte de la loi amendée est semblable, sauf qu'il ajoute qu'à défaut de collatéraux leur part ira au fisc « *vel cui fiscus concederit* ». Cf. Pardessus, p. 319. Un des *capita extravagantia* (Pardessus, p. 335) établit toutefois un système un peu différent : « *Si quis hominem ingenuum occiderit et ille qui occiderit probatum fuerit, ad parentibus debeat secundum legem componere. Media compositione filius habere debet; alia medietate exinde ei debet, ut ad quarta de leude illa adveniat; alia quarta pars parentibus propinquis debet. Id est tres de generatione patris et tres de generatione matris. Si mater viva non fuerit, media parte de leude illi parentes inter se dividant. Hoc est tres de patre proximiores et tres de matre. Ita tamen qui proximiores fuerit parentes de prædictis conditionibus prendant, et tres partes illis duabus dividendam dimittat. Et nam et illis duabus ille qui proximior fuerit, illa tertia parte duas partes prendant, et tertia parte patre suo demittat.* »

En droit germanique, la parenté s'appelle *generatio* ou *parentella* c'est-à-dire parentelle. Cette dernière expression est surtout vraie de la parenté collatérale qui forme une double parentelle vis-à-vis de la souche principale (1). L'ordre des parentés peut être représenté par un système de cercles qui vont en s'agrandissant. Le premier degré comprend le défunt et ceux qui en descendent directement, c'est-à-dire ses enfants, petits-enfants, etc. Le second cercle ou degré renferme tous ceux qui descendent avec le défunt de la source la plus proche, c'est-à-dire de son père ou de sa mère; elle comprend par conséquent le père, la mère du défunt, ses frères et sœurs et leurs descendants. Le troisième degré prend son point de départ dans le grand-père et la grand'mère du défunt et il embrasse tous ceux qui en descendent; puis viennent, d'après la même méthode, le quatrième degré et enfin le cinquième qui est en général celui où les effets de la parenté s'arrêtent dans les lois barbares. On remarquera que cette manière de compter la parenté est tout à fait différente de celle que consacrait le droit romain, mais elle se rapproche du système adopté par le droit canonique. Chez les Romains, pour déterminer le degré de parenté entre deux collatéraux, on part de l'un pour remonter d'abord à leur auteur commun et descendre ensuite de cet auteur commun à l'autre collatéral; ainsi deux cousins germains sont au sixième degré. La loi canonique part du collatéral le plus éloigné pour remonter à l'auteur commun, mais elle s'en tient là et ce système est aussi celui des lois barbares. Avec ce procédé, deux cousins germains sont au troisième degré.

La loi salique appelle en première ligne à la succession, c'est-à-dire à l'ensemble des biens autres que la *terra salica*, tous les enfants, fils ou filles. C'est ce que décidait déjà le droit germanique, comme nous l'apprend Tacite. Le texte porte : *si quis moriens filios non dimiserit*. Mais il est admis

(1) Nous ferons observer que, dans notre tableau, nous donnons nécessairement l'indication de tous les parents, sans nous occuper encore de la question de savoir quels sont ceux qui viennent à la succession; ainsi nous parlons des ascendants qui cependant, pour la plupart, ne sont pas héritiers.

que dans la langue latine le mot *filii* comprend les deux sexes toutes les fois qu'il n'est pas accompagné d'expressions destinées à le restreindre aux mâles. La loi des Visigoths admet aussi la vocation simultanée des fils et des filles, sans même établir aucune restriction comme le font les lois des Francs pour la terre salique. Nous avous déjà dit que cette égalité parfaite a peut-être été consacrée par la loi des Visigoths sous l'influence du droit romain (1). Les autres lois barbares, en effet, ne mettent pas en général les fils et les filles complétement sur la même ligne; mais cependant il importe de ne pas exagérer ces inégalités. Ainsi dans la loi des Burgondes, les filles ne viennent à la succession de leur père qu'à défaut de fils (2). Dans la succession de la mère, les filles sont également exclues par les fils sur les immeubles, mais, de leur côté, par réciprocité, les filles excluent les fils sur la succession mobilière de leur mère (3). En outre, dans la loi des Burgondes, lorsque le fils est prédécédé et que ses propres fils viennent par représentation, la fille prend un quart de la succession paternelle; elle a droit à la moitié si le fils prédécédé n'a laissé que des filles (tit. 75). Chez les Lombards, les fils aussi excluent les filles. Mais si celles-ci ont été mariées, elles conservent leur dot, et si elles ne sont pas mariées, elles restent à la charge de leur frère (4). La loi des Alamans et celle des Bavarois ne font également venir les filles qu'à défaut de fils et ne leur reconnaissent aucun droit de succession exclusive sur les meubles de leur mère (5). Quant à la loi des Thuringiens, elle admet en même temps les fils et les filles, mais sur des biens différents. Dans la suc-

(1) Loi des Visigoths, IV, 2, 1 et 9.

(2) Loi des Burgondes, tit. XIV, § 1. Le paragraphe 5 apporte toutefois une exception. La fille entrée dans un couvent hérite avec ses frères, mais prend une part moins forte.

(3) Tit. LIII, § 3. Les paragraphes 5 et 6 décident même que si une de ces filles meurt sans enfants, la part qu'elle a recueillie dans la succession de sa mère passe à ses autres sœurs, à l'exclusion des frères.

(4) Lois de Rotharis, chap. 181; lois de Luitprand, chap. 3.

(5) Loi des Alamans, tit. LIV et LXXXVIII; loi des Bavarois, tit. XIV, chap. 9 et 10.

cession paternelle, les fils obtiennent les immeubles; les filles ont droit aux meubles et aux *mancipia*, c'est-à-dire aux esclaves qui ne sont pas attachés à la terre. Dans la succession maternelle, les fils prennent tout le patrimoine, meubles et immeubles; les filles sont réduites aux habits, bijoux et ornements de leur mère (1). Rappelons que cette loi des Thuringiens exclut, même à défaut de fils, les filles des immeubles, tant qu'il y a des collatéraux jusqu'au cinquième degré. Il est d'autant plus important de relever ces particularités qui distinguent dans certaines lois barbares la succession du père de celle de la mère, qu'on ne les rencontre pas dans la loi des Francs ni dans celle des Ripuaires. Nous en concluerons que chez ces peuples, les règles de succession étaient les mêmes, qu'il s'agît du père ou de la mère, que le *de cujus* fût un homme ou une femme (2). On remarquera aussi qu'il n'y a, dans la loi salique, ni même dans aucune des autres lois barbares, pas la moindre trace du droit d'aînesse, bien qu'il apparaisse encore dans Tacite chez quelques peuplades germaniques (3). On sait d'ailleurs que ce droit d'aînesse n'était même pas admis pour la succession au trône.

Le fils posthume a droit à la succession, pourvu qu'il naisse vivant et viable: c'est ce que nous apprend un capitulaire pour la loi des Alamans; mais cette disposition semble avoir été d'une application générale (4). Les lois barbares ne relèvent jamais si les fils et les filles en concours seront nés du même mariage ou d'unions différentes. Les fils ou les filles viennent donc ensemble, même s'ils sont nés de mariages successifs. Mais, peut-être sous l'influence du droit romain et du droit canonique, la loi salique ne reconnaît aucun droit de succession aux enfants nés de mariages prohibés (5).

(1) Loi des Thuringiens, tit. VI, chap. 1 et 6.

(2) D'ailleurs le texte de la loi salique (tit. LXII, § 1), emploie la formule générale : *Si quis moriens* et la loi Ripuaire dit également (tit. LVI, § 1) : *Si quis defunctus fuerit*.

(3) *Germanie*, § 32.

(4) *Lex Alamannorum Karoli*, 92.

(5) Loi salique, tit. XIV, § 16.

Le droit de représentation était inconnu dans la plupart des lois barbares et notamment parmi les Francs Saliens et Ripuaires. Le droit romain antérieur à Justinien admettait au contraire la représentation, du moins en ligne descendante (1). Toutefois une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius voulut que les enfants d'une fille prédécédée eussent seulement les deux tiers de la part que leur mère aurait recueillie dans la succession; le dernier tiers restait aux fils ou filles du défunt ou de la défunte. Les enfants d'une fille prédécédée ne jouissaient donc que du bénéfice d'une représentation partielle (2), et cette disposition a passé dans le Papien (3). La loi barbare des Burgondes admit la représentation en ligne directe, bien évidemment sous l'influence du droit romain (4). Il faut en dire autant de la loi des Visigoths qui toutefois limita l'avantage de la représentation aux petits-fils, à l'exclusion des petites-filles (5). Enfin la représentation fut également introduite chez les Lombards par une loi de Grimoald, en 671 (6). Pour ce qui est des Francs, la représentation n'entra jamais dans la loi salique; mais parmi les Ripuaires, un décret de Childebert II, du 29 février 596 (7), voulut l'introduire au profit des petits-fils, dans la ligne directe et en prenant soin d'ajouter que cette représentation n'aurait pas lieu dans la ligne collatérale, pas même au profit des fils de frères prédécédés. Mais il semble que cet édit de Chilpéric, destiné à modifier sur ce point la loi des Ri-

(1) § 6. I. *De hæreditatibus quæ ab intestato deferruntur*, 3, 1. En ligne collatérale la représentation ne fut admise que par la Novelle 118 (chap. 1 et 3) et seulement au profit des neveux et nièces.

(2) Const. 4, *De legitimis hæredibus*, 5, 1.

(3) X, 1, 2, Pertz, *Leges*, III, 602.

(4) Loi des Burgondes, tit. XIV, § 1; tit. LXXV; tit. LXXVIII.

(5) Loi des Visigoths, IV, 5, 4.

(6) Pertz, *Leges*, IV, 401. — En Allemagne, la question de l'admission ou de rejet de la représentation ayant élevé de très vives controverses, l'empereur Othon I[er] décida qu'elle serait tranchée au moyen d'un combat judiciaire et le champion de la représentation ayant triomphé, celle-ci fut désormais admise. Widukindus, *Res gestæ Saxonicæ*, lib. II, cap. 10 apud Pertz, *Scriptores*, t. III, 440.

(7) Boretius, *Capitularia*, p. 15.

puaires (1), tomba rapidement en désuétude, soit à cause des obscurités ou insuffisances de son texte, soit qu'il heurtât d'une manière trop absolue les usages de certaines familles, soit précisément parce qu'il ne concernait pas tout l'empire franc. Ce qui est certain, c'est que des formules de testament nous montrent souvent un aïeul appelant à sa succession les petits-fils d'un fils prédécédé en concours avec les autres fils. Ces dispositions testamentaires n'auraient pas été nécessaires si le décret de Childebert II, sur le droit de représentation, avait été observé (2).

A défaut de fils, les petits-fils venaient à la succession. Partageaient-ils par tête ou par souche? La question était très controversée et fort diversement résolue dans nos anciennes coutumes. Mais le doute ne semble pas possible du temps de la loi salique : une législation qui ne connaît pas le système de la représentation ne peut pas non plus connaître celui du partage par souche. La succession se divisait donc également entre tous les petits-fils et les petits-fils d'un même fils pouvaient ainsi obtenir dans la succession de leur aïeul, à eux tous, une part plus forte que celle à laquelle aurait eu droit leur père s'il avait survécu. Un seul texte de la loi salique, celui qu'Hérold a publié, a prévu notre question; il se prononce pour le partage « *per capita et non per stirpes* (3). »

A défaut de descendants, la loi salique fait venir les parents : « *Si quis mortuus fuerit et filios non demiserit, si mater sua superfuerit, ipsa in hæreditatem succedat* (4). La *lex emendata* est plus complète et elle porte : *Si quis homo mortuus fuerit et filios non demiserit, si pater aut mater superfuerint, ipsi in hæreditate succedant.* La loi salique appelle donc à défaut de descendants, le père et la mère. C'est une importante modification au système des succes-

(1) Chilpéric II était en effet roi d'Austrasie.

(2) Marculfe, liv. II, form. 10; Zeumer, p. 81. Sirmond, form. 22; Zeumer, p. 147. Lindenbrog, form. 55. Rozière, form. 133 et suiv., p. 170. On trouve la formule de Marculfe dans Thévenin, *op. cit.*, n° 13, p. 14.

(3) Loi salique, tit. 62, § 6.

(4) Loi salique, tit. XIX, § 1, 1er texte de Pardessus.

sions tel qu'il existait en Germanie d'après Tacite. L'historien romain ne faisait jamais venir les ascendants. A défaut de descendants, la succession passait aux collatéraux et cette exclusion des ascendants, même des père et mère, a laissé des traces dans d'autres lois barbares. Ainsi d'après la loi des Burgondes, la mère est exclue par la sœur du défunt; mais si le fils n'a laissé ni frères ni sœurs, la succession se partage en deux moitiés, l'une pour la mère, l'autre pour les collatéraux. La même loi nous apprend que le père n'hérite même pas des biens par lui donnés à son fils prédécédé sans enfants (1).

La loi salique consacre donc une grave innovation sur l'ancien droit germanique en créant la classe des ascendants. Mais il faut bien le remarquer, cette classe est très limitée : elle ne comprend que le père et la mère. Les autres ascendants ne viennent donc jamais, ni directement, ni bien entendu par représentation, car si la loi salique exclut la représentation dans la ligne descendante, à plus forte raison ne l'admet-elle pas dans la ligne ascendante. Il y a plus : les anciens textes de la loi salique ne parlent que de la mère et semblent ainsi exclure le père. C'est seulement la loi amendée qui les mentionne tous deux. Comment expliquer ce changement? On en est réduit à des conjectures. Dira-t-on qu'originairement les Francs avaient adopté sur ce point un système tout particulier? S'agit-il d'un souvenir des époques préhistoriques qui fondaient la famille sur la mère? Ou bien encore les femmes étant exclues de la succession immobilière, se proposait-on dans certains cas et par compensation de leur accorder une préférence sur la succession mobilière? Peut-être encore l'ancien droit voulait-il que la préférence des mâles sur les femmes fût absolue et s'appliquât même aux successions mobilières. Pour constater qu'on abrogeait cette vieille coutume, on aurait mentionné le droit de succession de la mère et il n'aurait rien été dit de celui du père, parce qu'il aurait été, pour ainsi dire, d'évidence. Ce qui semble

(1) Loi des Burgondes, tit. LIII et LXXVIII.

certain, c'est qu'il s'est opéré en cette matière une véritable transformation : les père et mère exclus de la succession au temps de Tacite, y sont appelés à défaut de descendants, non seulement dans les lois salique et ripuaire, mais dans presque toutes les lois barbares, sauf parfois certains avantages accordés au père sur la mère (1). Dans la loi salique, il semble bien que le père et la mère héritent ensemble et avec une égalité parfaite. *Pater aut mater* signifient le père et la mère (2).

A défaut de père et de mère, ce sont les frères et sœurs qui héritent en concours. Sur ce point, l'ancien texte de la loi salique est parfaitement d'accord avec la *lex emendata* (3). C'est aussi le système de la loi des Ripuaires (4). D'ailleurs, il ne peut pas être question de représentation en ligne collatérale; le décret de Childebert II, qui admet la représentation en ligne directe descendante, a soin de l'exclure formellement dans la ligne collatérale (5).

Si nous supposons maintenant le défunt mort sans descendants, sans ascendants, sans frères ni sœurs, à quelles personnes la succession sera-t-elle dévolue? La loi des Ripuaires répond : à l'oncle et à la tante (6).

Elle admet même ensemble les oncles et les tantes paternels avec les oncles et tantes maternels. Les anciens textes de la loi salique ne parlent que de la tante maternelle, *soror matris* (7). Au contraire, la *lex emendata* mentionne d'abord

(1) Voy. par exemple, loi des Visigoths, IV, 2, § 6; loi des Frisons, XIX, 2; loi des Alamans, XCXII; lois de Rotharis, chap. 170; loi des Burgondes, chap. 51.

(2) La conjonction *aut* est souvent employée à cette époque comme synonyme de *et*, ainsi que cela résulte de nombreux textes. Voy. Pardessus, *Loi salique*, 14e dissertation, p. 701. D'ailleurs, le titre LVI, § 1 de la loi des Ripuaires, dit formellement *et*.

(3) Voy. loi salique, 1er texte, tit. LIX, § 2, dans Pardessus, p. 33 et *lex emendata*, tit. LXXII, § 2, p. 318.

(4) Tit. LVI, § 2. Voy. aussi loi des Visigoths, IV, 2, § 8; loi des Burgondes, XIV, 2, 14, 51, 53, 75, 78; lois de Rotharis, chap. 158, 159, 160; lois de Luitprand, chap. 3, 4, 14.

(5) Boretius, *Capitularia*, p. 15.

(6) Loi des Ripuaires, tit. LVI, § 3.

(7) Voy. loi salique, 1er texte, tit. LIX, § 3, dans Pardessus, p. 33.

les *sorores patris*, ensuite et seulement à leur défaut, les *sorores matris* (tit. LXII, § 3 et 4). On remarquera que sur un point ces textes concordent : ils ne parlent pas des oncles. Est-ce à dire qu'il faille les exclure? A notre avis la question est la même que pour les textes qui parlent seulement du droit de succession de la mère sans rien dire de celui du père. Elle soulève les mêmes doutes et doit être tranchée de la même manière : mais on le remarquera, la *lex emendata* offre une variante très remarquable. Elle met les *sorores patris* en première ligne, par préférence aux *sorores matris*, tandis que dans tous les autres textes, les *sorores matris* sont placées en première ligne et qu'à leur défaut seulement viennent les *sorores patris : si hæ non exstiterint, sorores patris*. Il faut sans hésiter admettre un changement dans la législation. A l'époque de la rédaction de la loi salique, on avait encore subi l'influence de ces vieilles coutumes qui préféraient, tout au moins en ligne collatérale, la parenté par les femmes à la parenté par les hommes. Dans la *lex emendata*, ce système jusqu'alors conservé seulement pour le degré des oncles et des tantes, est considéré comme une anomalie et on le fait disparaître. En conséquence, les tantes et *a fortiori* les oncles paternels viennent d'abord et en concours à la succession; à leur défaut seulement sont appelés les oncles et les tantes maternels.

A défaut des oncles et des tantes paternels ou maternels, viennent les collatéraux plus éloignés. Mais ces collatéraux, tous les textes de la loi salique semblent les appeler en bloc; tout au moins ils ne les mentionnent que d'une manière vague et générale. Sur un seul point on constate une divergence importante. Certains textes appellent les plus proches parents *ex patre*, *ex paterno genere*, *ex paterna generatione*, tandis que d'autres font venir les plus proches des deux branches, *de illis generationibus proximiores*. Le texte de la *lex emendata* préfère la première version. Ce changement de rédaction implique bien certainement aussi un changement dans le droit. On a commencé par appeler les collaté-

raux les plus proches d'après leur degré, sans distinguer entre la ligne paternelle et la ligne maternelle. Puis ensuite il n'a plus été question que de la ligne paternelle, l'autre ligne a été exclue. C'est une conséquence des mœurs qui tendaient sans cesse à fortifier davantage la parenté par les mâles et à assurer la conservation des biens dans les familles.

Nous avons vu à quel degré s'arrêtent les successions en ligne collatérale. Le titre XLVI, § 2 de la loi salique limite au sixième degré la capacité pour percevoir le *reipus*. Chez les Ripuaires, il n'y avait plus d'héritiers au-delà du cinquième degré. La loi des Bavarois étend le droit successoral jusqu'au septième; mais il n'en est pas qui aille plus loin, et pendant tout le moyen âge, en Allemagne, les limites du droit de succession ont varié, d'après les Miroirs, du sixième au septième degré (1).

A défaut de parents au degré successible et de testament, la succession est dévolue au fisc (2).

Lorsqu'une difficulté s'élevait entre deux personnes qui se disputaient une hérédité, chacune se prétendant parente à un degré plus rapproché du défunt que son adversaire, on appliquait pour la preuve le système ordinaire que nous étudierons plus tard. Ainsi cette preuve incombait d'abord au défendeur, c'est-à-dire à celui qui possédait l'hérédité. S'il ne pouvait établir son degré de parenté, alors l'avantage (et non pas le fardeau) de la preuve passait au demandeur. Mais il pouvait arriver que celui-ci, à son tour, se trouvât dans l'impossibilité d'établir que ce parent était plus proche, par exemple par les dépositions de parents, voisins ou autres. On revenait alors au défendeur; s'il jurait qu'il était le parent le plus rapproché et si son serment était confirmé par un certain nombre de cojureurs, il gagnait le procès et gardait l'hérédité (3).

(1) Loi salique, tit. XLIV; loi des Ripuaires, tit. LVI, § 3; loi des Bavarois, XIX, 9, 4; lois de Rotharis, chap. 153.

(2) Voy. Pardessus, *Loi salique*, dissert. 14, p. 704.

(3) Voy. à cet égard la formule, n° 46, dans Thévenin, *op. cit.*, p. 55. Cette

Quant aux successions des affranchis, elles sont soumises à des règles spéciales. On sait qu'il y a lieu de distinguer entre les affranchis selon la loi romaine et les affranchis selon la loi salique. Les premiers sont régis par la loi romaine, probablement même au point de vue des successions. Quant aux affranchis selon la loi salique, aucun texte de cette loi ne nous apprend comment est réglée leur succession. D'après la loi des Ripuaires, l'affranchi placé sous le mundeburde du roi a pour héritiers ses enfants et, à défaut d'enfants, le fisc (1). L'esclave sorti de sa condition et devenu libre n'avait, en effet, pas de famille devant la loi civile et il était tout naturel qu'à défaut d'enfants, le fisc prît sa succession. Lorsque le mundeburde sur un affranchi appartenait à l'Église, celle-ci, selon le droit des Ripuaires, avait droit à la succession de cet affranchi décédé sans enfants (2). On en a conclu que le patron prenait la succession de son affranchi mort sans postérité lorsqu'il s'était réservé le mundeburde sur cet affanchi; mais aucun texte ne confirme cette conjecture (3). On a aussi prétendu que le droit des Ripuaires était celui de la loi salique. Mais cette nouvelle conjecture paraît démentie par certains textes. Il résulte d'une formule parvenue jusqu'à nous que les affranchis soumis à la loi salique avaient nécessairement le fisc pour héritier *ab intestat*, même s'ils laissaient des enfants. Pour prévenir ce résultat, ces affranchis prenaient la précaution de remettre, de leur vivant, leurs biens à des tiers qui étaient chargés de les restituer aux enfants de ces affranchis lorsque ceux-ci mouraient

formule est du XI[e] siècle; il y est parlé de la computation de la parenté d'après un mode qui n'est pas celui du droit romain.

(1) Loi des Ripuaires, tit. LVII, § 1.

(2) Loi des Ripuaires, tit. LVIII, § 4.

(3) Le seul texte invoqué est celui de la loi des Ripuaires qui accorde en pareille circonstance des droits de succession à l'Église; mais il est possible que ce texte ait consacré une faveur et non le droit commun. Dans tous les cas, si le patron a joui de droits de succession sur son affranchi en vertu du mundeburde, il n'en est pas moins certain que de bonne heure ces droits ont disparu, à mesure que se sont effacées les différences qui séparaient les serfs des affranchis et des ingénus. Voy. notamment capitulaire de 803, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 118.

*intestat*. Mais en fait, ces tiers étaient souvent de mauvaise foi et gardaient ces biens au lieu de les rendre. Pour se mettre à l'abri de ce danger, certains affranchis obtenaient de l'Empereur un bénéfice en vertu duquel ils avaient leurs enfants comme héritiers *ab intestat* (1). Ce fait prouve bien manifestement que d'après la loi salique les affranchis n'avaient jamais d'autre héritier que le fisc. Il n'est pas inutile non plus de rappeler que, fort souvent, la loi des Ripuaires a eu pour objet de relever des particularités qui s'éloignaient du droit salique. Si cette loi a eu soin de dire que les enfants d'un affranchi sont ses héritiers, c'est peut-être précisément parce que le droit des Saliens consacrait une règle contraire.

Le fisc, c'est-à-dire le roi, a droit à la succession d'un affranchi, soit en vertu du mundeburde, soit parce que ces biens sont considérés comme vacants. Cette distinction n'est pourtant pas sans intérêt. En effet, lorsque le mundeburde n'appartient pas au roi, le fisc ne vient alors prendre les biens comme vacants qu'à défaut du patron au profit duquel existe le mundeburde, en supposant, contrairement à notre avis, que cette réserve lui ait conféré un droit de succession.

Quant au droit de succession qui ne dérive pas de la parenté ou de l'affranchissement, on ne peut guère relever que dans certaines lois barbares un droit de succession au profit du mari sur les biens de sa femme (2). Par réciprocité, la loi des Visigoths admet aussi un droit de succession au profit de la femme sur les biens de son mari (3). Toutefois le conjoint survivant ne succédait à son conjoint prédécédé qu'autant que celui-ci n'avait laissé aucun parent jusqu'au septième degré inclusivement. Nous verrons que dans nos coutumes cette solution a été repoussée et on y préférait le fisc même au conjoint survivant; mais elle a été adoptée dans les pays de droit écrit.

(1) Rozière, form. 121, p. 150.

(2) Lois de Rotharis, chap. 184, 186, 200; lois de Luitprand, chap. 14, 32, 57, 130, 149; loi des Visigoths, liv. IV, tit. 2, § 11.

(3) Loi des Visigoths, liv. IV, tit. 2, § 11.

## § 16. — DROITS ET OBLIGATIONS ENTRE HÉRITIERS.

Lorsque plusieurs héritiers étaient appelés à la succession, il y avait lieu de procéder au partage entre eux. La loi salique ne parle pas de ce partage, mais plusieurs formules nous en donnent des exemples.

Nous savons aussi par d'autres formules qu'on pouvait parfois rester dans l'indivision et que rien ne s'opposait à ce que pendant ce temps tel ou tel des copropriétaires aliénât sa part dans un ou plusieurs des biens (1).

Le partage pouvait se faire à l'amiable et dans ce cas on dressait autant de copies qu'il y avait de copartageants. On pouvait en outre confirmer le partage par l'emploi d'une des solennités ordinaires, par exemple au moyen de la *festuca* (2). Lorsque les cohéritiers ne parvenaient pas à s'entendre, ils s'adressaient à la juridiction dont ils relevaient : on procédait alors à un partage judiciaire qui prenait souvent la forme d'une transaction et mettait fin au procès (3). Une formule de Marculfe nous montre deux cohéritiers qui s'adressent au roi pour procéder au partage et le prince donne mandat à un personnage illustre de faire ce partage (4). Il est probable que si la difficulté s'était présentée entre personnes relevant du comte, celui-ci aurait été saisi de la contestation.

La succession comprenait naturellement tous les biens du défunt et toutes ses dettes. Seulement, lorsqu'il existait des *bona aviatica*, les choses se passaient comme s'il s'était agi de deux successions différentes.

On ignore d'ailleurs si chez les Saliens celui qui ne voulait pas prendre la succession devait renoncer à toute la parenté ou s'il lui suffisait de renoncer à la succession. La première

(1) Voy. Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, n° 70, p. 84 et n° 126, p. 184.

(2) Marculfe, liv. II, form. 14, Zeumer, p. 84. Thévenin a publié cette formule, *op. cit.*, n° 16, p. 17. — Rozière, form. 122 et suiv. — *Diplomata*, t. I, p. 135 et t. II, p. 9.

(3) Thévenin, *op. cit.*, n° 85, p. 115.

(4) Marculfe, liv. I, form. 20, Zeumer, p. 56. Une charte de 628 contient la confirmation par le roi d'un partage entre héritiers. *Diplomata*, t. II, p. 2.

solution parait plus probable, mais il semble bien que la seconde était seule admise par la loi des Ripuaires, car cette loi ne contient pas de titre sur la renonciation à la parenté, pas plus que sur la *chrenecruda* (1). Elle nous apprend, en outre, que tout héritier autre que les fils ou les filles du défunt, qui a appréhendé la succession, fut-ce seulement jusqu'à concurrence d'un sou, est tenu de toutes les dettes (2).

Les principes relatifs à l'obligation de l'héritier de payer les dettes du défunt, étaient très variés dans le droit barbare. La loi des Ripuaires veut que l'héritier soit tenu des dettes sans limite, qu'il s'agisse de l'héritier *ab intestat* ou de l'héritier testamentaire institué à défaut des descendants (3). Mais les autres lois préfèrent en général décider que si le passif dépasse l'actif, l'héritier peut se libérer de toute obligation en faisant cession des biens de la succession (4). Nous ne possédons pas de renseignements précis sur le droit salien. On ne sait pas en particulier si celui qui héritait de la terre salique devait contribuer au paiement des dettes avec l'héritier ordinaire.

La négative semble préférable. En effet, nous constaterons que les immeubles étaient insaisissables, même entre les mains du débiteur. Dès lors on ne voit pas comment le créancier aurait pu se faire payer par l'héritier des immeubles, à moins de donner action sur les meubles propres de l'héritier. Ce qui est certain, c'est qu'au moyen âge, en France, dans nos coutumes et même en Angleterre jusqu'en 1833, l'héritier des

(1) Il est important de constater que plusieurs titres de la loi salique manquent dans la loi des Ripuaires. Cette absence prouve bien qu'il s'agissait d'institutions tombées en désuétude ou repoussées par les Ripuaires. Ces titres de la loi salique qu'on ne retrouve pas dans la loi des Ripuaires sont les suivants : tit. XLVI, *De reipus;* tit. XLVIII, *De migrantibus* et tit. XLVII, *De eo qui villam alienam occupaverit;* tit. LXI, *De chrenecruda;* tit. LXIII, *De eo qui se de parentilia tollere vult.* Le titre LXX, *De eo qui filiam alienam quæsierit et se extraxerit* est absent aussi, mais cette dernière disposition a été ajoutée à la loi salique au moment de la révision de Charlemagne.

(2) Loi des Ripuaires, tit. LXVII, § 1.

(3) Loi des Ripuaires, tit. LXVII, § 1.

(4) Loi des Burgondes, tit. LXV, § 1; loi des Visigoths, V, 6, 6; loi lombarde de Luitprand, VI, 4.

immeubles n'était pas tenu des dettes (1). Mais ce principe avait-il été emprunté au droit féodal ou ne remontait-il pas plutôt à d'anciens usages germaniques? Cette seconde conjecture paraît la plus vraisemblable.

Il semble plus certain que déjà dans ces temps reculés, l'héritier est de plein droit saisi de la succession sans qu'aucun acte d'acceptation soit nécessaire. Il est saisi légalement et possède de plein droit tous les biens du défunt sans qu'aucun acte spécial de possession ou autre lui soit imposé (2). De là est venu en Allemagne le proverbe : *Der Todt erbt den Lebendigen* et en France la règle : *le mort saisit le vif* (3).

## § 17. — LE TESTAMENT.

Les principes ordinaires sur la dévolution des successions étaient quelquefois écartés par des décisions ou ordres du roi. Les particuliers s'adressaient au roi ou à l'empereur pour obtenir, à leur profit, une dérogation au droit commun. Il semble même qu'on ait abusé de ces demandes et que le pouvoir royal ait cherché lui-même à se mettre en garde contre ces actes de faiblesse. Un édit de 560 défendit aux juges de tenir compte de ces *præceptiones* qui dérogeaient au droit commun des successions et l'édit de Clotaire II de 615 (chap. 8) renouvela cette interdiction. Mais il est douteux que ces prescriptions aient jamais été rigoureusement observées. Dans tous les cas, il semble bien que le prince ait toujours pu déroger au droit commun des successions lorsqu'il le faisait à ses propres dépens. Par exemple, il accordait à un affranchi le droit d'avoir ses enfants comme héritiers; par cette décision, l'Empereur ne nuisait qu'aux intérêts du fisc (4).

(1) Voy. notamment Touraine, art. 310; Anjou, art. 237; Maine, art. 252; Nivernais, tit. 34, art. 4; Senlis, art. 141; Bourbonnais, art. 316; Mantes, art. 71; Melun, art. 267; Amiens, art. 90 et 91.

(2) Voy. la loi salique, tit. LX et la loi des Alamans de Charlemagne, tit. XCII.

(3) Voy. Philipps, dans la *Zeitschrift für geschichliche Rechtswissenschaft*, VII, p. 1 et suiv. — Reyscher, dans la *Zeitschrift für deutschen Recht*, V. p. 205.

(4) Rozière, form. 121, p. 150.

Les particuliers pouvaient d'ailleurs déroger eux-mêmes au droit commun des successions par le moyen des libéralités. Nous avons vu que chez les Germains le testament était complétement inconnu. Tacite est formel à cet égard. Mais le testament s'introduisit très rapidement parmi les Barbares sous l'influence du droit romain et surtout sous celle de l'Église. Celle-ci s'attacha à répandre les testaments qui devinrent pour elle une source de profits considérables. Elle se servit même des armes spirituelles pour assurer l'exécution des dispositions de dernière volonté faites en sa faveur. On le lui a assez souvent reproché (1). De nombreux conciles frappèrent de l'excommunication les héritiers qui n'exécutaient pas les dispositions testamentaires faites au profit d'une église, d'un monastère ou d'un pontife (2).

La loi salique, celle des Ripuaires, celle des Lombards, ne mentionnent pas le testament; mais il est question dans la loi salique d'une véritable institution d'héritier entre-vifs. Les lois des Saxons et celles des Frisons semblent conserver l'ancien principe dans toute sa pureté : elles ne parlent pas d'institution d'héritier, pas plus sous forme d'acte entre-vifs que par testament. Toutefois les libéralités par acte de dernière volonté apparaissent déjà dans les lois des Alamans, des Bavarois et des Burgondes. Quant à la loi des Visigoths, c'est elle, on le sait, qui a le plus directement subi l'influence du droit romain et de l'Église. Aussi le testament y fonctionne-t-il tel que l'avait consacré le droit romain (3). Il ne

(1) Voy. sur ce point des détails dans Boisonnade, *Histoire de la réserve héréditaire*, p. 193 et suiv. — Les clercs intervenaient dans la confection des testaments, même les évêques. Voy. Grégoire de Tours, liv. IX, § 26. Cpr. sur la fréquence des testaments, Grégoire de Tours, liv. IV, § 52.

(2) Concile de Vaizon (*Vasense*), année 442, canon IV, dans Labbe, t. III, p. 1457. Concile d'Orléans (*Aurelianense*), année 541, canons XIV et XIX, *ibid.*, t. V, p. 384. Concile de Reims (*Remense*), années 625, 630, canon X, *ibid.*, t. V, p. 1691.

(3) Le mot *testamentum* ne se trouve pas dans la loi salique. La loi des Ripuaires emploie ce mot, mais comme synonyme d'acte écrit. Voy. par exemple, les titres LIX, LX, LXVII. Au contraire, dans la loi des Burgondes et dans celle des Bavarois, il s'agit bien sous le nom de testament, de libéralités par acte de dernière volonté. Loi des Burgondes, tit. XLIII et LX; loi des Bavarois, tit. XIV, § 3. Les lois lombardes admettent le principe du testament, mais évi-

faut pas oublier que par suite de l'adoption du système des lois personnelles, le testament ne cessa jamais d'être en usage parmi les Romains, c'est-à-dire les Gaulois. Ainsi le Bréviaire d'Alaric parle à chaque instant des testaments. Il en est également question dans le Papien (tit. XLV). L'édit de Théodoric permet le testament non seulement aux sujets romains, mais encore aux Barbares (1). Aussi n'est-il pas téméraire de conjecturer que les testaments restèrent très fréquents dans le midi de la Gaule, comme on en a de nombreux exemples dès le v<sup>e</sup> siècle, et qu'ils ne cessèrent même pas d'être en usage au nord de la Loire (2). Les recueils de formules nous donnent de nombreux exemples de testaments (3). Ces formules nous montrent nettement que les testaments ont été introduits sous l'influence du droit romain et de l'Église; le plus souvent elles font allusion à des libéralités faites à l'Église. Au temps de Charlemagne, le testament était devenu d'un usage si fréquent par toute la France, que le moine Alcuin voulant, dans une conférence avec un des fils de l'Empereur, définir le jour de la mort, l'appela la confirmation des testaments (4).

Le testament offrait en effet bien des avantages qu'on ne pouvait pas obtenir de la donation : il n'enlevait aucun droit, aucun bien au testateur de son vivant, et celui-ci était toujours libre de le révoquer à volonté. Le testament pouvait contenir des institutions d'héritier, des exhérédations, des libéralités à titre particulier ou, comme auraient dit les Romains, des legs (5). On avait en outre l'habitude de rappeler dans tout testament les libéralités entre-vifs et les

tent le mot, peut-être bien à dessein. Lois de Luitprand, liv. I, chap. 6; liv. IV, chap. 101.

(1) Chap. 28 et 32.

(2) Voy. à cet égard Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. VI, chap. 9, § 38.

(3) Voy. Rozière, form. 128 et suiv., p. 159 et suiv.; Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, n<sup>os</sup> 18, 73, 76, 99. — Cpr. Grégoire de Tours, liv. IV, § 52 et dans Rozière la formule 197, p. 234.

(4) Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, 22<sup>e</sup> leçon.

(5) Voy. par exemple Rozière, form. 129, p. 163. Thévenin, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 18, 76, 99.

autres testaments qu'on avait faits autrefois comme pour les confirmer (1). Suivant l'usage de l'époque, que nous constaterons aussi pour les autres actes, le testament contenait des formules d'imprécation contre ceux qui ne s'y seraient pas soumis (2). L'Église avait aussi fait introduire l'usage inconnu chez les Romains de nommer des exécuteurs testamentaires, véritables mandataires du défunt, chargés de veiller à l'exacte observation de ses volontés (3).

Quant aux formes, il semble qu'il en ait existé deux principales : on pouvait manifester ses dernières volontés en suivant la forme romaine ou en les adaptant aux modes de transmission du droit germanique. Dans le premier cas, le testament était dressé en présence d'un certain nombre de témoins qui le signaient avec le testateur. Assez souvent, la rédaction se faisait dans une église ou devant les autorités municipales et le testament était déposé à la curie (4). La loi des Burgondes paraît bien consacrer le système du testament romain dressé en présence de cinq ou de sept témoins (5). Déjà à cette époque cependant, et sous l'influence de l'Église, certaines personnes trouvaient ce nombre de cinq ou de sept témoins tout à fait exagéré et voulaient le réduire à deux ou à trois, en faisant remarquer que Jésus-Christ avait dit : « *In ore duorum vel trium testium stet omne verbum* (6). »

(1) Rozière, form. 128, p. 159.

(2) Rozière, form. 129, p. 163.

(3) Thévenin, *op. cit.*, n° 68, p. 81 et n° 76, p. 100.

(4) Rozière, form. 128 et suiv. p. 159. Voy. surtout Marculfe, liv. II, form. 17, Zeumer, p. 86. Cette formule a été également publiée par Thévenin, *op. cit.*, n° 18, p. 19. Elle présente plus d'une particularité remarquable. Il s'agit d'un testament fait à la fois par le mari et par la femme et écrit par un notaire ; il devra être ouvert dans les formes du droit romain (Cpr. Paul, *Sentences*, IV, 6). Les testateurs instituent les mêmes héritiers qui sont leurs fils et ils exhérèdent les autres parents ; ils font même un véritable partage d'ascendants entre ces héritiers. Enfin le mari lègue à sa femme l'usufruit de ses biens si elle lui survit, mais sous la condition résolutoire que cet usufruit s'éteindra dans le cas où elle se remarierait ; de son côté la femme lègue ses biens à son mari en propriété s'il est survivant et les héritiers ne prendront que les biens dont il n'aura pas disposé.

(5) Loi des Burgondes, tit. XLIII, § 1.

(6) St. Mathieu, XVIII, 16 ; St. Luc, VIII, 17.

Mais cette opinion n'avait pas prévalu, comme le prouve la loi des Burgondes; on continua à préférer le système romain et il faut arriver à l'époque du *Petri exceptiones* pour constater le triomphe définitif de cette doctrine nouvelle (1).

Quant aux formes et solennités germaniques des testaments, c'étaient celles que nous rencontrons pour presque tous les actes de la vie civile, affranchissements, transports de propriété, donations, etc. Nous avons déjà constaté bien souvent que les législations primitives adaptent à tous les actes de la vie juridique les mêmes solennités qui sont aussi le plus souvent symboliques. Ainsi le testateur rédigeait ses dernières volontés par écrit et il livrait ensuite fictivement son patrimoine *per cartulum sive per festucam atque andelagum* (2). Il ne faudrait pas voir dans cette forme de testament une application de l'affatomie ou adoption *in hæredem;* le testament était une institution romaine à laquelle on avait appliqué les formes et les solennités germaniques; l'affatomie était une institution germanique pour le fond et pour la forme.

Cette sorte d'adoption était essentiellement irrévocable, tandis que le testateur avait toujours le droit de revenir sur son testament. Toutefois il semble bien que certains testaments faits dans la forme que nous venons d'exposer, étaient irrévocables. Le testateur s'interdisait à lui-même, sous peine d'amende, de revenir sur l'expression de sa volonté. Ce sont ces testaments irrévocables qui ont pu préparer ce que l'on a appelé plus tard dans notre ancien droit l'institution contractuelle, c'est-à-dire l'institution d'héritier par contrat (3).

(1) *Petri exceptiones*, IV, 10. Cpr. Viollet, *Etablissements de Saint-Louis*, t. I, p. 203.

(2) Rozière, form. 133, p. 170; Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, n° 76, p. 100.

(3) Voy. la form. 47 de l'appendice de Marculfe; Rozière, form. 137, p. 175. Cf. lois de Rotharis, chap. 175, Pertz, *Leges*, IV, 329. Dans cette formule de Marculfe, le testateur s'interdit à lui-même de révoquer l'acte. Au contraire dans la formule 133 de Rozière, p. 170, où il s'agit d'un autre testament fait dans la même forme, cette interdiction ne semble pas exister. Le testateur

On trouve dans le droit des Burgondes une disposition qui parait leur avoir été propre. Le père, par un acte entre-vifs, partageait sa succession entre lui et ses enfants : mais il fallait que les parts fussent égales entre les descendants. Par l'effet de ce partage, les fils acquéraient plus de droits que les héritiers présomptifs, car ils obtenaient directement leurs parts et pouvaient en disposer librement. Il s'agissait donc, comme nous dirions aujourd'hui, d'un véritable partage d'ascendant entre-vifs. Mais en vertu de cet acte, le père acquérait le droit de disposer librement de la part qu'il s'était réservée. Ses enfants ne pouvaient pas après sa mort critiquer les libéralités qu'il avait faites sur ses biens. Il parait que les contrats de ce genre intervenaient souvent entre les fils et le père lorsque celui-ci voulait se remarier ; il avait alors pour seuls héritiers les enfants du second lit sur la part qu'il s'était réservée (1).

## § 18. — LA DONATION.

Les donations entre-vifs étaient très fréquentes à cette époque (2) ; les Barbares les avaient toujours pratiquées et elles n'étaient pas pour eux une nouveauté comme les testaments. D'ailleurs, il n'y a pas lieu de s'y arrêter longuement, car elles ne présentent pas de particularités dignes de remarques. Les formules de donations parvenues jusqu'à nous ne diffèrent pas des autres ; on y relève notamment ces clauses pénales d'un usage général à cette époque et destinées à garantir l'exécution du contrat (3). Il paraît bien résulter des textes du temps que les donations étaient très souvent faites à des églises ou à des monastères (4) ; dans ces cir-

prévoit le cas où des tiers viendraient troubler les héritiers et les menace de pénalités, mais il ne parait pas que l'interdiction concerne le testateur. Cette seconde formule est la douzième de Lindenbrog ; Zeumer, p. 274.

(1) Loi des Burgondes, tit. I, § 2 ; tit. XXIV, § 5 ; tit. LI, § 1 et 2.

(2) Voy. par exemple Thévenin, *op. cit.*, nos 9, 15, 21, 54, 57, 58, 59, 60, 64, 65, 69, 70, 73, 75, 82, 83, 84, 90, 92, 94, 98, 101, 113, 130, 131, 132, 134, 136, 139, 143, 147, 149, 159, 163, 165, 170, 180.

(3) Voy. par exemple Rozière, p. 216, 220, 239, 243, 244, 249.

(4) Rozière, form. 166 et suiv. ; Thévenin, *op. cit.*, n° 75, p. 97 et n° 90, p. 124.

constances, le donateur, comme le testateur, offrait sa libéralité pour assurer le repos de son âme (1).

La donation se faisait dans la forme des contrats ou suivant les solennités employées pour le transport de la propriété; elle pouvait aussi bien porter sur des meubles que sur des immeubles. Ainsi, par exemple, nous possédons des formules de donations où figure la clause *stipulatio subnexa* (2). De même d'autres formules mentionnent la donation par tradition avec *notitia traditionis*, ou bien encore la donation par tradition *per cartulam* (3). Parfois aussi le donateur, sans livrer immédiatement ce qu'il avait promis, se faisait remettre en retour un objet sans importance et c'était alors la tradition de cet objet qui rendait le contrat parfait: il s'était en effet formé *re*. On simulait en pareil cas un contrat onéreux parce que le seul échange des consentements n'aurait pas suffi pour la formation de la donation, pas plus que pour celle d'un autre contrat; dès lors dans les cas où le donateur faisait une libéralité qui ne consistait pas dans un transport immédiat de propriété, on pouvait employer, pour la formation du contrat, cette prestation en retour due par le donataire et qui était parfois considérée en même temps comme un témoignage de sa reconnaissance. Nous possédons une formule où cette prestation en retour consiste dans une livre de poivre et des bottes de cuir de Cordoue. Dans une autre formule, le donateur livre un jambon (4).

Assez souvent les donations se faisaient en public, *in mallo publico*, en présence du comte et des rachimbourgs, ou encore devant les vassaux ou devant un nombre plus ou moins

(1) On pourrait en donner un nombre considérable d'exemples; nous nous bornons à renvoyer à quelques textes publiés dans le recueil de Thévenin, n° 57, p. 67; n° 58, p. 69; n° 75, p. 97; n° 132, p. 193; n° 134, p. 196.

(2) Thévenin, *op. cit.*, n° 75, p. 99.

(3) Thévenin, *op. cit.*, n° 61, p. 73 et n° 75 *bis*, p. 99; n° 131, p. 192.

(4) Thévenin, *op. cit.*, n° 48, p. 56; n° 59, p. 70. Meichelbeck, *Historia frisigensis*, t. I, n° 159. Le launegild dont parlent les textes du droit lombard, était une prestation de cette nature; on donnait à ce titre des objets très divers, chemise, manteau, vêtement, mouchoir, etc. Voy. lois d'Astolf, chap. 12; lois de Rotharis, chap. 184. Voy. Kohler, *Beiträge zur Germ. Privatrechtsgeschichte*, Würzburg, 1883.

considérable de témoins. C'était un moyen de donner à la libéralité plus de solennité et aussi d'en faciliter la preuve pour le cas où plus tard son existence aurait été contestée (1). On a aussi prétendu que cette intervention de magistrats, rachimbourgs ou témoins, était un vestige de l'ancien système de la propriété collective et d'une époque à laquelle les aliénations les plus importantes ne pouvaient pas se faire sans l'assentiment de la tribu. Mais c'est là, à notre avis, une conjecture qui ne repose sur aucun fondement sérieux.

Il va sans dire que si les Barbares faisaient des donations selon leur mode de transférer la propriété ou de contracter, les Romains de leur côté pouvaient employer les formes de leur droit : ils donnaient suivant les modes d'acquérir de la loi romaine ou par stipulation en présence de témoins et avec insinuation.

L'enregistrement à la curie était-il aussi employé par les Barbares? La question paraît douteuse et la plupart des textes semblent en matière de donation, dot ou institution d'héritier, se référer à des Romains (2).

De même il n'y a lieu de relever aucune particularité au point de vue de la capacité; c'est ainsi que la femme mariée étant incapable, il lui fallait le consentement de son mari pour faire une libéralité valable entre-vifs (3). On a des exemples de donations faites à la fois par un mari et sa femme (4) et ce n'est pas dans cette seule circonstance, comme nous le constaterons bientôt, qu'apparaît à cette époque la notion d'une sorte de communauté d'intérêts entre époux.

Les modalités des donations variaient suivant les usages du temps. Nous ne reviendrons pas ici sur les actes, d'ailleurs en partie gratuits, qui étaient des précaires ou des bénéfices. Nous rappellerons seulement que souvent le donataire, par exemple le monastère, rétrocédait tout de suite le

(1) Thévenin, *op. cit.*, n° 40, p. 47; n° 69, p. 82; n° 75, p. 97; n° 75 *bis*, p. 99; n° 126, p. 184; n° 132, p. 193.

(2) Telles sont notamment les formules 1 et 35 du recueil de Thévenin.

(3) Thévenin, *op. cit.*, n° 58, p. 69.

(4) Thévenin, *op. cit.*, n° 57, p. 67.

droit de jouissance viagère de l'immeuble qui venait de lui être donné (1). Souvent les donations avaient lieu en pleine propriété et sans aucune charge; telles étaient notamment les donations en aumône faites ordinairement à un monastère ou à une église (2). D'autres fois le donateur établissait des charges pour le donataire : obligation de défricher la terre inculte qui lui avait été livrée (3), obligation de payer une rente viagère en nature, auquel cas l'acte pouvait devenir parfois à titre onéreux (4), charge de nourrir le donateur (5). Telle libéralité contenait des clauses dont la validité ne serait plus admise aujourd'hui, par exemple la prohibition adressée au donataire d'aliéner le bien (6). Il va sans dire qu'on connaissait les donations avec ou sans terme ou sous condition; celle-ci pouvait être suspensive ou résolutoire (7).

Ces donations avaient souvent pour objet, comme les testaments, de déroger à la loi ordinaire des successions et par exemple telle libéralité était faite au profit d'un petit-fils né d'un fils prédécédé à cause de l'absence du droit de représentation sans lequel il ne pouvait pas venir à la succession de son aïeul. Toutefois la donation, à la différence du testament, avait l'inconvénient de priver le donateur lui-même de son bien; mais pour atténuer la rigueur de cet effet, on recourait souvent aux donations avec réserve de la possession, de la jouissance ou même, comme disent déjà certaines formules, de l'usufruit, terme manifestement emprunté au droit romain. Tantôt cette réserve était stipulée au profit du donateur seul; d'autres fois au profit du donateur et de sa femme

(1) Voy. par exemple Thévenin, *op. cit.*, n° 64, p. 78. Dans ce texte, la rétrocession a lieu à titre de bénéfice concédé par le donataire au donateur et après la mort de celui-ci à ses fils.

(2) Thévenin, *op. cit.*, n° 64, p. 77; n° 65, p. 78; n° 75, p. 97; n° 90, p. 124.

(3) Thévenin, *op. cit.*, n° 65, p. 78.

(4) Thévenin, *op. cit.*, n° 97, p. 137.

(5) Thévenin, *op. cit.*, n° 9, p. 10; n° 15, p. 16.

(6) Thévenin, *op. cit.*, n° 134, p. 196.

(7) Thévenin, *op. cit.*, n° 9, p. 10; n° 15, p. 16; n° 21, p. 24; n° 58, p. 69; n° 59, p. 70; n° 83, p. 113.

pour le cas où elle lui survivrait; d'autres fois encore en faveur du donateur et de ses enfants. Cette réserve avait lieu parfois purement et simplement, mais le plus souvent l'usufruitier était obligé, sous peine de dépossession, de payer un cens ou toute autre redevance, à celui qui avait acquis la nue propriété (1). Nous avons aussi quelques exemples de donations à cause de mort : le donataire était investi du droit dès le jour où la libéralité était faite, mais il n'entrait en jouissance qu'à la mort du donateur (2). D'ailleurs ces libéralités n'étaient pas empruntées au droit romain, lequel avait adopté, pour la donation à cause de mort, des caractères différents sous plus d'un rapport.

## § 19. — DE LA LÉGITIME.

Il va sans dire que chez les Francs les libéralités testamentaires ou entre-vifs étaient faites, comme chez tous les peuples, par les motifs les plus divers. Mais il n'est pas sans intérêt de relever ceux qui touchent directement aux institutions du temps. Le plus souvent les donations et les legs avaient lieu sous l'influence de l'Église, *pro peccatis nostris*, *pro redemptione animarum*, etc. Cette clause reparait à chaque instant dans tous les recueils de formules et dans les testaments de l'époque parvenus jusqu'à nous. D'autres fois, la libéralité avait pour objet de déroger à la succession *ab intestat*, parce qu'elle était considérée comme contraire aux affections naturelles. Ainsi nous savons par une célèbre formule de Marculfe, que parfois un père appelait sa fille en concours avec ses fils sur la terre salique ; cette formule qualifie l'exclusion de la fille de *diuturna sed impia consuetudo* (3). De même d'autres fois le père sachant que d'après

(1) Thévenin, *op. cit.*, n° 54, p. 63; n° 64, p. 77; n° 75, p. 97 et 99; n° 83, p. 113; n° 113, p. 165; n° 132, p. 193.

(2) Voy. Thévenin, *op. cit.*, n° 78, p. 106. Le numéro 35 ne se réfère pas, comme on l'a cru à tort, à une donation à cause de mort, mais à une institution d'héritier. Voy. Thévenin, *op. cit.*, p. 39 et 259.

(3) Marculfe, liv. II, form. 12, Zeumer, p. 83; Thévenin, *op. cit.*, n° 14, p. 25. Rozière, form. 136, p. 174.

la loi des successions *ab intestat*, les petits-fils d'un fils (ou d'une fille) prédécédé, ne pourront pas venir par représentation de leur père, en concours avec ses autres fils, institue ses petits-fils pour les appeler à sa succession (1). Dans ces deux cas, comme on le voit, la libéralité a pour objet un véritable rappel à succession. De même encore, par l'usage des donations et des testaments, les époux réparaient l'oubli des lois civiles qui n'admettaient pas de droits de succession entre mari et femme. Dans d'autres circonstances, la libéralité avait pour objet d'assurer la conservation des biens dans les familles. Ainsi la loi lombarde de Rotharis ne se borne pas à décider que les filles sont exclues par les fils; elle ajoute en outre que toute fille dotée est, par cela même, exclue de la succession paternelle, de telle sorte que la succession se partagera seulement entre les filles non mariées restées *in casa patris* (2). Les autres lois barbares sont muettes sur cette question, mais on verra plus tard le droit coutumier prononcer l'exclusion de la succession paternelle contre les filles dotées. Dans d'autres circonstances, la libéralité entre-vifs ou testamentaire a pour objet d'attribuer à un héritier, pour une cause ou pour une autre, et par exemple à raison de services rendus, une part supérieure à celle que lui reconnaît la loi; les libéralités par préciput rentrent évidemment dans cette catégorie (3) et les formules nous en donnent quelques exemples soit directs, soit indirects. Une formule de Marculfe nous apprend que le père a le droit de déclarer, dans une donation faite à l'un de ses enfants, qu'elle aura lieu *extra partem* (4). Dans la formule où un aïeul rappelle ses petits-fils d'un fils prédécédé à sa succession, pour les faire venir en concours avec ses autres fils, il déclare qu'ils devront imputer, sur leur part héréditaire, ce que leur mère avait autrefois

(1) Marculfe, liv. II, form. 10; Sirmond, form. 22; Lindenbrog, form. 55; Rozière, form. 131, 132, 133, 134; Thévenin, *op. cit.*, n° 13, p. 14.

(2) Lois de Rotharis, chap. 153 et 181. Les lois de Luitprand ne faisaient pas cette distinction, et admettaient toutes les filles à défaut de fils, sans rechercher si elles étaient ou non mariées ou dotées. Lois de Luitprand, liv. I, chap. 1 et 2.

(3) Lois de Luitprand, chap. 113; Marculfe, liv. II, form. 11.

(4) Marculfe, liv. II, form. 11.

reçu de lui (1). Quelques textes de loi nous parlent même d'un véritable préciput légal ou, en d'autres termes, de libéralités dispensées du rapport. Ainsi, d'après le titre 14 des *Capita extravagantia* de la loi salique, lorsqu'un père donne quelqu'objet à sa fille en la mariant, celle-ci peut plus tard venir à sa succession, tout en laissant les objets de cette libéralité *extra partem*. Il en était de même de la libéralité faite par un père à son fils dans la fête de famille qu'on appelait la coupe des cheveux, *capillatoriæ*. Il est probable que ces libéralités étaient peu importantes; elles dépendaient de la fortune du père et comme elles étaient faites à presque tous les enfants, elles ne rompaient pas à vrai dire l'égalité entre eux.

Mais cette faculté de disposer à titre gratuit au profit de quelques-uns des héritiers, ou même au profit d'étrangers, comportait-elle des limites (2)? Fort souvent, les auteurs ont été portés à admettre, d'une manière générale, l'existence d'une réserve chez les Barbares au profit de certains héritiers, le plus souvent au profit des descendants. Pour éviter toute chance de confusion et d'erreur, il est essentiel de distinguer entre les lois des Romains et celles des Barbares, puis de mettre à part, parmi ces dernières, celles qui ont été faites à l'usage des Romains. Il est évident qu'à l'époque où les Germains ne connaissaient pas le testament, toute la succession était par cela même indisponible à cause de mort. Elle était nécessairement réservée aux héritiers *ab intestat*. C'était le système absolument inverse de celui qu'avait proclamé la loi des Douze Tables dans cette formule célèbre: *Uti paterfamilias super pecunia tutelave legassit, ita jus esto*. Mais dans la suite, sous l'influence des jurisconsultes, cette liberté absolue de tester fut restreinte : certains parents eurent droit à

(1) Marculfe, liv. II, form. 10 et form. 35 de l'appendice; Bignon, form. 9; Sirmond, form. 22; Lindenbrog, form. 57; Mabillon, form. 36.

(2) Voy. sur cette question : Zimmerle, *Stammgutssystem;* Levis, *De origine facultatis hæredibus in jure germanico concessæ prohibendi alienationem rerum immobilium*, Berol., 1852. Voy. un article de Schröder dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, IX, p. 410.

une légitime et toutes les fois qu'on ne la leur avait pas accordée, ils pouvaient attaquer le testament à l'aide de la *querela inofficiosi testamenti*, s'ils n'avaient aucun autre moyen de venir à la succession. Ces parents légitimaires étaient les descendants, les ascendants, les frères et sœurs, mais ces derniers seulement si on leur avait préféré des personnes viles.

Il va sans dire que les Romains restèrent soumis à cette loi, à moins qu'il n'y eût été dérogé par un des Codes faits à leur usage. Le Papien, tit. 1er, permit au testateur de disposer des trois quarts de sa fortune; mais le surplus dut être réservé à ses descendants; c'est la légitime qu'on appelle *Falcidie* dans les lois de cette époque. L'Édit de Théodoric et le Bréviaire d'Alaric veulent aussi que les testaments soient nuls si les descendants n'ont pas reçu leur quarte *Falcidie*. Ils accordent à la mère omise la *querela inofficiosi testamenti;* mais les frères et sœurs en sont privés (1). On remarquera que dans ces lois romaines des Barbares, les applications de la réserve ont été sérieusement restreintes. Ces modifications ont été très probablement introduites sous l'influence des clercs : la réserve était une gêne apportée à la liberté des testaments et c'était surtout l'Église qui profitait de cette liberté.

On ne s'explique pas autrement un second fait qui, au premier abord, peut paraître extraordinaire. Il semble qu'en acceptant le testament, les Barbares auraient dû l'adopter avec les restrictions que comportait déjà en droit romain la liberté de disposer. Cela eût été d'autant plus naturel, que ces restrictions étaient conformes au principe de la copropriété familiale et qu'elles assuraient la conservation des biens dans les familles. Il n'en est cependant rien et les lois barbares ont passé d'un régime absolu d'indisponibilité à un régime souvent absolu de liberté. Auparavant l'absence de testament faisait de la succession tout entière une véritable réserve; désormais cette réserve disparut presque complète-

(1) Édit de Théodoric, tit. X, § 5 à 7.

ment. Ce changement s'est bien certainement accompli, lui aussi, sous l'influence de l'Église : celle-ci a fait adopter le testament, mais elle a eu le soin d'en écarter les dispositions qui limitaient la liberté testamentaire, parce qu'elles étaient de nature à empêcher un grand nombre de libéralités à son profit.

Elle ne parvint cependant pas à faire adopter par certaines lois la liberté absolue de disposer aux dépens des enfants. Il ne fut plus question de légitime au profit des ascendants, au profit des frères et sœurs, mais dans certaines lois le défunt dut toujours laisser une partie de sa fortune à ses descendants. C'est qu'en effet, sur ce point, les usages germaniques étaient dans une certaine mesure conformes aux lois romaines; l'Église essaya peut-être de combattre les uns et les autres, mais en général elle ne put pas triompher. Exhéréder entièrement ses enfants, c'eût été, par cela même, prendre un étranger pour héritier. Or, entre-vifs, cette institution d'héritier sous forme d'adoption, affatomie, n'était permise qu'aux personnes sans enfants; c'est ce que dit formellement la loi des Ripuaires (tit. XLVIII) et ce que suppose la loi salique (tit. XLVI). Était-il possible de permettre par testament ce qui était interdit entre-vifs? Sans doute les libéralités testamentaires étaient autorisées et c'était déjà beaucoup, mais sous la restriction qu'elles ne pourraient pas écarter les descendants de la succession. Cependant l'Église parvint, dans certaines lois, à supprimer ou tout au moins à restreindre la légitime des enfants, lorsqu'il s'agissait de libéralités faites à son profit.

La loi des Visigoths est celle qui a le plus directement subi l'influence romaine. Elle proclame la liberté testamentaire pour celui qui n'a pas de descendants; s'il y a des enfants, le père peut disposer d'un tiers en faveur de l'un d'eux (*meliorare filium*) et en outre, d'un cinquième en faveur d'un étranger ou de l'Église (1). Toutefois le père a le droit d'exhéréder complétement son descendant indigne de lui suc-

(1) Loi des Visigoths, liv. IV, tit. 2, § 20, et liv. IV, tit. 5, § 1.

céder, comme il peut aussi le rappeler à succession s'il est venu à rescipiscence (1). D'ailleurs la loi des Visigoths n'établit aucune faveur spéciale au profit du fisc.

Les lois lombardes s'occupent avec beaucoup de détails des libéralités préciputaires qui peuvent être faites au profit d'un descendant. Un fils peut obtenir à ce titre une seconde part. Le même avantage est permis au profit de la fille s'il n'y a pas de fils, et en outre, les filles non mariées peuvent être appelées à un quart des biens concurremment avec les les enfants mâles (2). Quant à la quotité disponible au profit des étrangers, elle n'est fixée que pour le cas où le défunt laisse des filles : elle est des deux tiers en présence d'une seule fille et d'une moitié en présence de deux (3). La loi garde le silence pour le cas où il existerait des fils. Il semble bien dès lors que toute la fortune leur soit réservée. Ce qui est certain, c'est qu'il n'y a, pas plus que dans la loi des Visigoths, d'autres réservataires que les descendants. Comme celle-ci, la loi lombarde de Rotharis permet aussi d'exhéréder les enfants indignes de succéder (4). Mais les lois lombardes sont bien plus favorables à l'Église que celles des Visigoths : elles ordonnent aux héritiers de respecter les dons faits aux *loca venerabilia* sans aucune restriction. Il semble bien dès lors que la réserve n'existait pas au profit des descendants vis-à-vis de l'Église (5).

La loi des Burgondes porte que si un père a donné tous ses biens à un étranger, sans laisser à ses enfants la *portio debita*, la libéralité est nulle pour le tout. Mais la loi ajoutant que le père peut donner librement ses acquêts, on admet généralement que la réserve porte seulement sur les biens de famille (6). Dans tous les cas, il est certain que le droit

(1) Loi des Visigoths, liv. IV, tit. 5, § 1.
(2) Lois de Luitprand, liv. VI, chap. 46 et 60.
(3) Lois de Luitprand, liv. VI, chap. 11.
(4) Lois de Rotharis, chap. 166 et suiv. Cpr. Lois de Luitprand, liv. I, chap. 5.
(5) Lois de Luitprand, liv. VI, chap. 72.
(6) Loi des Burgondes, tit. LI.

de donner les acquêts est illimité au profit de l'Église (1). D'ailleurs, la loi burgonde ne dit rien de l'exhérédation. Le même silence est gardé par la plupart des lois germaniques; la loi des Alamans seule permet l'exhérédation contre l'enfant qui s'est rendu indigne de sa famille. Cette même loi a soin de n'établir aucune limite aux libéralités faites en faveur des églises. En pareil cas donc, l'enfant peut être exhérédé sans cause légitime (2). La même faveur reparaît dans la loi des Saxons. Cette loi interdit le testament et sous ce rapport on peut dire qu'elle a, mieux que toute autre, conservé les vieilles traditions germaniques. La défense du testament entraîne tout naturellement l'impossibilité d'exhéréder; mais, par exception, la loi des Saxons permet le testament et autorise formellement l'exhérédation des enfants si la libéralité est faite en faveur du roi ou de l'Église (3).

De toutes les lois barbares, celle des Saliens et celle des Ripuaires sont peut-être les plus incomplètes sur ces questions. Elles ne contiennent aucune disposition relative aux libéralités pieuses; elles ne disent rien de l'exhérédation. La loi salique est même muette sur le droit des enfants à une réserve. Elle ne parle même pas de testament. La loi des Ripuaires contient seule deux dispositions précises : la première interdit, comme nous l'avons vu, l'adoption *in hæredem* à ceux qui ont des enfants; la seconde fixe la réserve des enfants à une légitime *minima* de 12 sous (4). M. Pardessus conjecture que cette réserve a été plus tard augmentée, mais il ne peut citer aucun texte en sa faveur. Le silence de la loi salique ouvre encore plus largement la porte aux conjectures. Il n'est pas possible de soutenir que les Francs saliens soient restés étrangers au testament; mais lorsqu'ils l'ont adopté, ont-ils continué à considérer la succession comme une réserve au profit des descendants, de sorte que le testa-

(1) Loi des Burgondes, tit. 1, § 1.
(2) Loi des Alamans, tit. I, §§ 1 et 2.
(3) Loi des Saxons, tit. XVI, § 2.
(4) Loi des Ripuaires, tit. LIX, § 9.

ment aurait été seulement permis à défaut d'enfants? Ou bien se sont-ils prononcés pour la liberté absolue de tester? Ou enfin avait-on admis au profit des enfants la légitime du droit romain? Il est impossible de donner une solution certaine. Sans doute, quelques chartes ou formules parlent de dispositions portant sur tous les biens, mais il est possible qu'elles aient été faites par des personnes sans enfants. D'autres formules mentionnent la Falcidie dans des termes assez vagues, mais n'ont-elles pas été écrites pour des Romains et non pour des Francs (1)? Ce qui est certain, c'est que dans les actes de donations faites à des étrangers ou à des églises, le gratifiant avait le soin d'insérer des clauses pénales pour en garantir l'exécution. Mais ces clauses pénales n'avaient pas pour objet, comme on l'a dit parfois à tort, d'obliger les héritiers à respecter les lois sur la réserve, encore moins d'autoriser le donateur à les violer. Elles étaient insérées dans les donations comme dans tous les autres contrats, par un pur effet de l'usage et étaient dirigées aussi bien contre le donateur lui-même que contre ses héritiers (2).

La législation des capitulaires est également fort incomplète sur ce sujet. Nous savons seulement, par un capitulaire, que si des enfants se plaignent d'avoir été injustement exhérédés par leur père ou par leur mère, ils doivent être entendus et protégés par le juge (3). Un autre nous apprend que si un héritier ne respecte pas les volontés du testateur, il doit être privé de la succession comme indigne (4).

On a aussi soutenu que certains biens, plus particulièrement les biens de famille, sont indisponibles dans l'intérêt de la perpétuité de la famille. Les auteurs les plus considérables ont pensé que le chef de famille ne peut pas valablement aliéner, d'une manière quelconque, entre-vifs, à titre onéreux ou gratuit, par vente, échange ou donation, sans le consentement ou tout au moins le concours de ses enfants

(1) Rozière, form. 128 et 147.
(2) Voy. par exemple Rozière, form. 167, 172, 199, 201 et suiv.
(3) Anségise, liv. II, chap. 31, Baluze, I, 747.
(4) Anségise, liv. VII, chap. 326, Baluze, I, 1096.

et, à leur défaut, de ses plus proches parents (1). Mais cette opinion nous paraît inexacte. Il n'est pas, en effet, un seul texte de loi germanique qui parle de cette nécessité du consentement des héritiers présomptifs, même pour l'aliénation des propres. Les textes extraits de formules, de chartes, de diplômes, qui parlent de la présence des héritiers, sont très vagues et peuvent s'entendre d'une assistance destinée seulement à donner plus de solennité à l'aliénation et à en assurer la preuve dans l'avenir (2). Un seul texte est formel, c'est celui de la loi saxonne : l'aliénation de l'*hæreditas* n'est permise qu'en cas de nécessité absolue et même, en pareil cas, il faut commencer par l'offrir au plus proche parent; sur son refus, au seigneur et à leur défaut seulement, la vente est permise au profit d'une personne quelconque (3).

De ce qui précède, il résulte qu'on ne trouve pas dans le droit germanique ni dans les lois barbares, quoi qu'on ait dit, l'origine certaine du retrait lignager, ni celle des réserves coutumières. Les lois barbares ne contiennent aucune trace de ce droit de préemption des parents qui apparaît seulement au XI^e^ siècle. Il n'y a rien non plus de semblable à la réserve coutumière. On la rapprocherait à tort de la légitime dont parlent la plupart des lois barbares, au profit des descendants, sur toute la succession de leur père ou mère. La réserve coutumière, en effet, ne portait que sur les propres et

(1) Voyer Pardessus, *Loi salique*, p. 721. — Klimrath, *Travaux sur l'histoire du droit français*, t. I, p. 380-383. — Lehuërou, *Histoire des institutions carolingiennes*, p. 55. — Laboulaye, *De la propriété foncière en Occident* p. 172 et *Condition des femmes*, p. 104-105.

(2) Voy. les textes dans les auteurs précités. Il faut aussi écarter les textes où il s'agit manifestement de la réserve dont nous avons parlé plus haut et nullement de la question qui nous occupe en ce moment. Voy. par exemple Loi des Bavarois, I, 1. — Loi des Ripuaires, tit. XLVIII.

(3) Loi des Saxons, tit. LXII : « *Nulli liceat traditionem hæreditatis suæ facere præter ad Ecclesiam vel regi ut hæredem suum exhæredem faciat, nisi, forte famis necessitate coactus ut ab illo qui hos acceperit sustentetur mancipia liceat illi dare ac vendere.* » Tit. LXIV : « *Liber homo qui sub tutela nobilis cujuslibet erat qui jam in exilium missus est, si hæreditatem sua necessitate coactus vendere voluerit, offerat eam primo proximo suo; si ille eam emere noluerit, offerat, tutori suo vel ei qui tunc a rege super ipsis res constitutus est; si nec ille voluerit, vendat eam cuicumque libuerit.* »

existait au profit de tous les lignagers. Elle était fondée sur le désir de conserver les biens dans les familles, tandis que la légitime des lois barbares avait pour objet d'assurer le sort des enfants. Ce fait prouve bien que la notion de la copropriété de famille s'était sensiblement affaiblie dans les derniers temps qui suivirent les invasions, et c'est seulement sous l'influence d'une noblesse toute nouvelle qu'elle reparut avec une grande énergie au temps de la décadence des Mérovingiens (1).

§ 20. — RÉGIME DES BIENS ET LIBÉRALITÉS ENTRE ÉPOUX.

Avant son mariage, la fille avait été placée sous le *mundium* de son père ou de son plus proche parent paternel ou du roi. Par le mariage, le mari achetait ce *mundium* et l'exerçait ensuite sur sa femme. Ce prix du *mundium* avait été, comme nous l'avons vu, à l'origine, sérieux; mais déjà au temps de Clovis il n'était plus qu'un symbole; le mari donnait à celui qui exerçait le *mundium*, la somme fixe d'un sou et un denier. Frédégaire (chap. 18) atteste, on s'en souvient, que Clovis remit à Gondebaud, roi de Bourgogne, pour épouser Clotilde, *solidum et denarium more Francorum* et plusieurs formules nous parlent de la même solennité pour les mariages de simples particuliers. Il ne faut pas confondre avec cet achat, d'abord réel de la femme, ensuite fictif du *mundium*, la constitution de dot faite par le mari. Celui-ci achetait le *mundium* à la personne qui l'exerçait auparavant sur sa femme, tandis que la dot était directement constituée par le mari au profit de sa femme. Tacite, on le sait, relève déjà cet usage chez les Germains : il s'étonne que la dot soit donnée par le mari et non au mari. De nombreux textes de l'époque franque parlent de cette dot fournie par le mari à sa femme, même des textes de chroniqueurs (2). Quelquefois cependant c'était le père du mari qui la consti-

(1) Dans le *Miroir de Saxe*, lorsqu'un propriétaire aliène sans le consentement de son héritier, celui-ci a le droit d'agir en restitution du vivant même de l'aliénateur. *Miroir de Saxe*, liv. I, tit. 52, § 1.

(2) Voy. par exemple Grégoire de Tours, liv. VI, § 18.

tuait au profit de la future, probablement parce que son fils ne possédait pas encore des biens en quantité suffisante. Nous avons vu qu'on discute sur le point de savoir si un mariage légitime pouvait exister sans cette constitution de dot. Il semble résulter d'une formule qu'à défaut de cette dot, il y avait concubinage et non mariage et qu'en conséquence les enfants nés de cette union n'étaient pas légitimes mais naturels. Nous avons toutefois exposé précédemment le sens précis de cette formule. Tout ce qui en résulte, c'est qu'à défaut de *libellus dotis*, surtout si le mari était un homme riche, comme le suppose la formule, on préférait présumer le concubinage (1). La constitution d'une dot, de même que les solennités plus ou moins publiques, qui accompagnaient les mariages, pouvaient avoir pour objet d'en établir l'existence avec certitude, d'en faciliter la preuve dans l'avenir, mais n'étaient pas des conditions essentielles de la formation des justes noces (2). D'ailleurs la loi des Ripuaires prévoit formellement la possibilité d'un mariage sans constitution expresse de dot et elle fixe le montant de la somme que la femme pourra réclamer à ce titre après la dissolution du mariage (3). Or, comme nous l'avons déjà fait remarquer, si le mariage a pu se dissoudre, c'est évidemment qu'il s'était formé et cela, sans constitution expresse de dot. En pareil cas on admettait sans doute une présomption de constitution; mais encore cette présomption supposait-elle que le mari laissait des biens à son décès.

Il est fort possible que l'usage de doter la femme soit devenu plus général à partir de l'époque où le mari cessa d'acheter sérieusement la fille et le *mundium*. Le mari constituait la dot à sa femme suivant les modes d'acquérir que nous avons déjà plusieurs fois rencontrés. Chez les Barbares, l'emploi de la *festuca* se retrouve dans presque tous les actes de la

(1) On se rappelle qu'il s'agit de la 52e formule de l'appendice de Marculfe. Dans Zeumer, c'est la première formule *a* de l'appendice de Sens, p. 208. Voy. aussi Thévenin, *op. cit.*, n° 35, a, p. 39.

(2) Cpr. de 802, cap. 35, Pertz, *Leges*, I, 95.

(3) Loi des Ripuaires, tit. XXXVII, § 2.

vie civile. Les formules nous apprennent que la dot se constitue, *per cartam*, *per festucam atque per andelangum* (1). Ces formes sont certainement d'origine franque. Toutefois les Barbares ayant emprunté aux Romains l'usage des actes écrits, on dressa aussi des *libelli dotis* et la dot se constitua par la rédaction de ces *instrumenta* (2). Suivant Pardessus, on pouvait aussi constituer la dot verbalement (3); mais cette affirmation est contredite par le formaliste de l'époque.

La dot était constituée avant le mariage et elle était livrée à la femme la veille ou le jour même des noces (4). Parfois la dot n'était pas donnée par le mari, mais par un tiers, par exemple, par le père du mari ou par un autre parent (5). Ce fait devait se présenter toutes les fois que le fils ne possédait pas de biens. On retrouve d'ailleurs aussi dans ces constitutions de dot, comme dans tous les autres contrats, des stipulations pénales qui en assurent l'exécution et le respect, non seulement par les contractants, mais encore et aussi par leurs héritiers (6). Les formules de l'époque franque nous montrent que ces dots portaient sur les objets les plus divers : argent, objets mobiliers, troupeaux, meubles de toutes sortes, immeubles, vignes, prés, terres, etc. (7); elles nous apprennent aussi combien était grande l'influence de l'Église dans ces actes de la vie civile. Bien que la constitution de dot ne fût pas en principe obligatoire et ne formât pas une condition du mariage, cependant l'Église s'est toujours attachée

(1) *Ideoque per hanc cartulam compositionis, sive per festucam atque per andelangum, dono tibi et donatum in perpetuum*..... Form. 242 dans Rozière, p. 292. Dans l'espèce et pour comprendre les premiers termes, il faut savoir que le mari avait enlevé sa femme et qu'il lui constituait une dot à titre de composition avec sa famille. De même on trouvera dans Thévenin, *op. cit.*, une formule où il est question du launegild, n° 48, p. 56.

(2) Loi des Ripuaires, tit. XXXVII, § 1; Marculfe, liv. II, form. 15, Zeumer, p. 85; Sirmond, form. 14, Zeumer, p. 142; Bignon, form. 5. Zeumer, p. 229.

(3) *Loi salique*, p. 669.

(4) Rozière, form. 221, p. 267; form. 223 *bis*, p. 270 et 271.

(5) Rozière, form. 223 *bis*, p. 270. — Marculfe, liv. II, form. 15, Zeumer, p. 85. — Thévenin, *op. cit.*, n° 174, p. 240.

(6) Rozière, form. 221, p. 268; form. 222, p. 269.

(7) Rozière, form. 228 et suiv., p. 267. — Il est important de remarquer que les femmes recevaient ainsi en dot aussi bien des meubles que des immeubles.

à rendre ces libéralités aussi fréquentes que possible, d'abord dans l'intérêt des femmes, ensuite et aussi pour mieux assurer l'existence et la preuve du mariage. De même on verra bientôt que si un ravisseur se décidait, pour échapper à la peine qui le menaçait, à épouser la personne enlevée, on lui imposait à titre de condition de la composition et du mariage, l'obligation de constituer une dot, comme si le mariage s'était formé régulièrement; il nous parait hors de doute que l'Église a aussi contribué à l'établissement de cette mesure (1). A chaque instant les formules témoignent de cette influence de l'Église dans les constitutions de dot (2). On sait que pour les personnes d'un certain rang, le droit romain du Bas-Empire exigeait une dot et des *instrumenta dotalia;* c'était un moyen de rendre le mariage plus certain et d'empêcher les justes noces d'être confondues avec le concubinat. L'Église eut la même pensée et le concile d'Arles posa la règle dont nous avons déjà parlé : *nullum conjugium sine dote* et ce principe fut reproduit bientôt par les capitulaires des VIIIe et IXe siècles. Mais cependant on ne le prit jamais au pied de la lettre, en ce sens que le mariage aurait été valable malgré l'absence de dot, sauf peut-être de graves difficultés pour en prouver l'existence en cas de procès. Toutefois l'usage de constituter une dot était si fréquent, qu'on présumait tout naturellement le concubinage au lieu du mariage, si le mari ne s'y était pas conformé. Mais on va trop loin, comme nous l'avons déjà vu, lorsqu'on prétend qu'à défaut de constitution de dot, le mariage n'aurait pas existé. Une pareille législation aurait pour effet d'interdire le mariage aux pauvres, ce qui est tout à fait inadmissible et surtout manifestement contraire à l'esprit de l'Église.

C'est probablement aussi sous l'influence du clergé que la plupart des lois barbares ont établi, à défaut de convention matrimoniale, une véritable dot légale. La loi salique, il est vrai, n'en parle pas, mais n'est-ce pas là précisément encore

(1) Marculfe, liv. II, form. 16, Zeumer, p. 85; Thévenin, *op. cit.*, n° 17, p. 18.
(2) Voyez par exemple Rozière, form. 221 et suiv.

une preuve de sa rédaction avant la conversion des Francs Saliens au christianisme? Certains auteurs ont sans doute cru découvrir le principe et même la quotité d'une dot légale dans un texte de la loi salique (1); mais le texte invoqué en faveur de cette solution, est tout à fait étranger à la question; il s'agit en effet du montant de la composition due par le ravisseur (2). Selon M. Pardessus, les Francs Saliens suivaient l'usage consacré par la loi Ripuaire et accordaient à la femme une dot légale de 50 sous (3). Cette solution est toutefois très contestable; nous avons même établi autrefois qu'un grand nombre de dispositions de la loi des Ripuaires ont pour objet de consacrer des dérogations à la loi salique. Dans le droit des Saliens, l'existence de la dot conventionnelle est donc seule certaine (4). La loi des Burgondes parle souvent de dot, mais il s'agit de la dot conventionnelle. Certains textes de cette loi mentionnent le *wittemon*, qu'il ne faut pas confondre avec la dot : c'est l'ancien prix d'achat du *mundium*, acquitté non pas entre les mains de la femme, mais entre celles de son père. Parfois, il est vrai, la femme prend une partie du *wittemon;* elle a même droit à la totalité en cas de second ou subséquent mariage (5); mais il n'en est pas moins vrai que par son caractère et par son objet, l'ancien *wittemon* ne doit pas être confondu avec la constitution de dot, bien qu'il la prépare. Certains auteurs ont pensé qu'il existait chez les Burgondes une dot légale du double, du triple, ou même du sextuple de l'ancien *wittemon* ou prix du *mundium* (6). Mais dans ces textes il s'agit encore de tarifs de compositions dues en cas de rapt et nullement de dot.

La plupart des autres lois barbares sont plus explicites, tout en adoptant souvent des systèmes différents. La loi des

(1) Voyez par exemple Rimasson, *Essai historique sur la législation du douaire*, dans la *Revue de législation ancienne et moderne*, année 1870-1871, p. 373.

(2) Voyez loi salique, tit. XIII, Pardessus, p. 42.

(3) Pardessus, *Loi salique*, 13e dissertation, p. 683.

(4) Voyez par exemple Marculfe, liv. I, form. 12 et liv. II, form. 37.

(5) Loi des Burgondes, tit. LXVI, LXXXVI.

(6) Loi des Burgondes, tit. XII et addit. I, 14.

Ripuaires et celle des Alamans fixent le chiffre de la dot légale que la femme prend dans la succession de son mari lorsque celui-ci ne lui a pas constitué une dot conventionnelle. Cette dot légale est de 50 sous chez les Ripuaires et de 40 sous chez les Alamans (1). Suivant certains auteurs la loi des Bavarois aurait aussi indiqué le montant de la dot légale, mais son taux ne nous serait pas parvenu. Nous pensons plutôt que la loi des Bavarois n'a jamais établi un chiffre fixe : le montant de la dot légale variait suivant le rang et la fortune du mari défunt (2). La loi des Visigoths s'inspire de la règle consacrée par le concile d'Arles de 524, *nullum conjugium sine dote*, mais elle s'en tient là et ne parle pas de dot légale (3). Elle contient toutefois une disposition curieuse qui a pour objet de fixer le maximum de la dot constituée par le mari : cette dot ne saurait dépasser le dixième de la totalité de ses biens (4). La loi lombarde de Luitprand limite aussi la dot au maximum de 300 *solidi*, sauf exception pour les juges qui peuvent donner jusqu'à 400 *solidi* (5).

La dot légale formait un véritable gain de survie : c'était un droit accordé à la femme en qualité de veuve, qui s'ouvrait à son profit en cas de prédécès de son mari et que ses héritiers ne pouvaient pas invoquer si elle décédait la première. Cette solution n'est toutefois nettement consacrée que par la loi des Ripuaires (6). Pour les autres législations, la question reste douteuse.

Quant à la dot conventionnelle, elle était livrée par le mari à la femme avant le mariage ou au plus tard le jour même de la bénédiction nuptiale (7). La femme devenait donc propriétaire absolue des biens compris dans la dot convention-

(1) Loi des Ripuaires, tit. XXXVII, § 1 et 2. Loi des Alamans, tit. LV, § 2.
(2) Loi des Bavarois, VII, 14, 2.
(3) Loi des Visigoths, XII, 3, 8. Il est dit dans ce texte relatif aux mariages des Juifs que ceux-ci doivent, sous peine de flagellation, se soumettre à l'obligation de constituer une dot et de recevoir la bénédiction nuptiale.
(4) Loi des Visigoths, III, 1, 5.
(5) Lois de Luitprand, chap. 88.
(6) Loi des Ripuaires, tit. XXXVII, § 2.
(7) Rozière, form. 221 et 223.

nelle et c'étaient ses héritiers qui en profitaient à son décès. Il ne s'agissait plus là, comme dans le cas de dot légale, d'un gain de survie. Le but de la dot conventionnelle n'était pourtant pas de fournir aux besoins du ménage; ce n'était là du moins qu'un effet tout à fait secondaire. La dot conventionnelle avait surtout pour objet, comme la dot légale, de permettre à la femme de vivre honorablement après la dissolution du mariage si elle devenait veuve. Le mari n'avait donc aucun droit sur ces biens; mais de son côté la femme ne pouvait les aliéner qu'avec le consentement de son mari. Toutefois l'usage s'introduisit de bonne heure, peut-être sous l'influence de la dot légale, de la part du mari, de ne donner une dot à sa femme que sous la condition de survie, *si mulier marito supervixerit*. En pareil cas la femme devenait encore propriétaire, mais seulement sous condition et si cette condition de survie se réalisait, la propriété était alors irrévocable entre ses mains et dès lors il semble à peu près certain que dans le cas où le mari aurait, pendant le mariage, aliéné un des biens qu'il avait constitués en dot, la femme aurait eu le droit de revendiquer contre les tiers acquéreurs. On discute vivement sur le point de savoir si de droit commun la femme avait la propriété pure et simple de la dot ou si la condition de survie était sous-entendue (1). Il semble bien que dans la loi des Ripuaires une distinction était faite : la femme avait la propriété irrévocable de la dot conventionnelle, mais elle n'acquérait la dot légale qu'à la condition de survie (2). Cette dot à condition de survie prit assez souvent le nom de *dotalitium*, d'où est venu plus tard le douaire. La constitution était tout naturellement, comme celle de la dot ordinaire, soumise au formalisme de l'époque : ainsi le mari pouvait donner le *dotalitium per osculum* (3). On a dit que le douaire

(1) Voyez en sens divers, Pardessus, *Loi salique*, p. 683; Ginoulhiac, *Histoire du régime dotal*, p. 192; Humbert, *Régime nuptial des Germains*.

(2) Tit. XXXVII, § 1. Cpr. Loi des Bavarois, tit. XIV, chap. 9, § 2.

(3) Voy. Stouff, *Formation des contrats par l'écriture dans l'ancien droit des formules*, p. 27. (Extrait de la *Nouvelle Revue historique du droit français et étranger*, année 1887).

différait du *dotalitium* en ce qu'il constituait au profit de la femme veuve, de la douairière, un gain de survie viager et non pas en pleine propriété. Ce changement de caractère, à la suite duquel le douaire remplaça le *dotalitium*, se serait déjà opéré à la fin de l'époque franque. Cette solution nous paraît tout au moins trop absolue. Le douaire a fort longtemps porté sur la propriété. On pouvait sans doute le constituer aussi en usufruit, mais ce n'était pas là le fait normal; nous aurons occasion de revenir sur cette question sous la période suivante, mais il est important de relever dès maintenant qu'à l'origine le droit de la femme était une véritable propriété, et non pas un simple usufruit (1). Il y avait à proprement parler bien des manières d'établir le *dotalitium* et plus tard le douaire. Parfois le mari stipulait que si sa veuve se remariait, elle ne pourrait pas en disposer au préjudice des enfants du premier lit; d'autres fois il exigeait qu'à la mort de la veuve survivante, les biens fussent nécessairement attribués aux enfants nés du mariage. Tel était bien certainement aussi le caractère de la dot ou du douaire légal. Cependant les lois barbares ne s'expliquent pas sur ce point, mais leur silence même paraît être une preuve de l'existence d'un droit de propriété (2). Ces variétés du *dotalitium* tenaient probablement au silence de la loi salique sur ce point. Celle des Burgondes s'était expliquée : la veuve n'avait que l'usufruit (3) s'il existait des enfants du mariage; dans le cas contraire, elle avait encore l'usufruit du tout, mais seulement la propriété d'une moitié dont elle pouvait dès lors disposer à son gré; à sa mort l'autre moitié retournait aux parents du mari (4).

(1) Voy. par exemple Rozière, form. 238 et 239, p. 287 et suiv.

(2) D'après la loi des Burgondes et bien entendu sauf stipulation contraire, le droit de la femme est restreint à un usufruit si elle se trouve en présence d'enfants. Mais à leur défaut, elle a droit à la propriété, tout au moins en partie. Voyez tit. XXIV, § 1 et 2.

(3) Voyez par exemple Thévenin, *op. cit.*, n° 113, p. 165. Voy. toutefois un douaire en usufruit ou tout au moins en propriété viagère, dans la *Revue historique de législation et de jurisprudence*, t. IX, p. 423 et dans Thévenin, *op. cit.*, n° 111, p. 163.

(4) Loi des Burgondes, tit. XXIV, § 1 et 2.

Il semble bien que les Capitulaires aient plus tard consacré un système assez semblable (1).

Si le *dotalitium* est la première source du *douaire*, il n'en forme cependant pas la seule. Le douaire doit encore sa naissance à une autre libéralité qui, elle aussi, précédait le mariage; cette libéralité ressemble beaucoup à la donation *ante-nuptiale* du droit romain qui avait pris, sous le Bas-Empire, le nom de *sponsalitium*. Dans les textes de l'époque franque, elle porte très généralement le nom de *tandono*, *tantodono*, *tanodono*, *tanado*. Certains auteurs prétendent que cette libéralité a été empruntée au droit romain. Il nous semble plutôt qu'elle était connue des Barbares, comme cela résulte de formules où il est parlé de mariages d'après la loi salique et selon les anciens usages (2). Seulement cette libéralité se confondit avec le *sponsalitium* du droit romain, précisément à cause de sa parfaite ressemblance avec lui. C'était une libéralité que le fiancé faisait à sa future femme, ordinairement au moment du baiser des fiançailles et il semble qu'elle ait été parfois assez importante. Ces biens étaient à l'origine donnés purement et simplement; mais la clause de survie devint bientôt fréquente, puis de droit commun et notre libéralité ne tarda pas à rentrer dans le douaire.

Parfois le mariage était célébré après un rapt ou tout au moins sans le consentement des parents. Nous avons vu que le rapt était puni de mort. Mais nous savons aussi que le ravisseur pouvait échapper à cette peine en épousant celle qu'il avait enlevée et il paraît que, presque toujours, l'Église amenait cet arrangement (3). De même sous l'influence de l'Église, on avait décidé que les mariages exigeaient sans doute le

(1) Cpr. Königswarter, *Histoire de l'organisation de la famille*, p. 130. D'après la loi des Saxons (tit. VIII et IX), si la femme survivante avait des enfants, et si ces enfants lui survivaient à leur tour, elle devait leur garder et transmettre la dot intacte; les enfants qui existaient au décès du mari, mouraient-ils avant leur mère, la dot restait dans la famille de la femme; enfin s'il n'y avait pas au décès du mari d'enfants nés du mariage, la dot retournait à la mort de la femme dans la famille du mari.

(2) Rozière, form. 229 et suiv., p. 278 et suiv.

(3) Rozière, form. 242, p. 291.

consentement des parents; mais que s'ils étaient contractés sans ce consentement, ils n'en restaient pas moins valables (1). Toutefois dans tous ces cas, le mari ayant commis un délit, était tenu d'un vergeld et ce vergeld constituait précisément la dot donnée à la fille (2). Certaines lois barbares fixaient même pour ces cas le montant de la dot légale et il était plus élevé que celui de la dot ordinaire. Ainsi d'après la loi des Alamans (tit. 55), la dot légale ordinaire était de 40 *solidi*, mais elle s'élevait sous forme de vergeld à 80 *solidi* pour le cas où le mari n'avait pas obtenu le consentement des parents.

Une fois le mariage célébré et consommé, le mari devait une troisième libéralité à sa femme : c'était le *morgengab*, fréquemment mentionné par les documents juridiques et même par les chroniques (3), don du matin, que le mari faisait à sa femme le lendemain du mariage, à titre de *pretium virginitatis*. Aussi la veuve n'y avait-elle pas droit (4). Cette libéralité était très populaire et semble avoir été commune à tous les peuples d'origine germanique Elle était également connue des peuples scandinaves. Cette donation était souvent fort considérable. Dans le traité d'Andelot, le *morgengab* de Galsuinde comprit un certain nombre de villes fort importantes. A l'origine le mari était libre d'ailleurs de déterminer lui-même le montant de la libéralité et si plus tard une contestation s'élevait sur le taux fixé par le mari, la femme était crue sur son serment, au moins jusqu'à concurrence de 12 *solidi* (5).

(1) Rozière, form. 241, p. 290.

(2) Rozière form. 241 et 242; Marculfe, liv. II, form. 16, Zeumer, p. 85; Thévenin, *op. cit.*, n° 17, p. 18.

(3) Voy. par exemple Grégoire de Tours, liv. IX, § 20. — Cf. Loi des Ripuaires, tit. XXXIX, § 2; Loi des Alamans, tit. LVI, dans Pertz, *Leges*, III, p. 63. — *Formulæ visigothicæ*, form. 20, dans Zeumer, p. 584; Thévenin, *op. cit.*, n°s 48 et 178. — Le mot *morgengab* s'est conservé chez les Scandinaves jusque dans les temps modernes et il a été employé dans le droit alsacien jusqu'à la rédaction de notre Code civil. Voy. d'Olivecrona, *Précis historique de l'origine et du développement de la communauté entre époux*, où l'on trouvera, à la page 42, la citation d'un grand nombre de textes sur le *morgengab*. — D'Agon de Lacontrie, *Ancien statutaire d'Alsace*, p. 75.

(4) Mais à défaut du *morgengab*, il existait au profit de la veuve un *Abendgab*, don du soir. Voir Ginoulhiac, *op. cit.*, p. 202.

(5) Loi des Alamans, tit. LVI, § 2.

Il paraît même que les maris étaient portés à exagérer ces libéralités et plusieurs lois barbares en fixèrent le maximum. La loi saxonne le limita à la moitié des biens du mari et la loi lombarde de Luitprand au quart des biens que le mari laissait à son décès (1). On a aussi beaucoup discuté sur le point de savoir si le *morgengab* était un droit en propriété ou en usufruit. Nous pensons qu'à l'origine et pendant un certain temps le *morgengab* transférait purement et simplement la propriété à la femme ; ce transfert n'était même pas subordonné à la condition de sa survie. De nombreuses formules nous présentent le *morgengab* (2) avec ce caractère. C'est qu'en effet le *morgengab* ne constituait pas à proprement parler une convention matrimoniale; il suivait le mariage et ne le précédait pas. C'était une donation ordinaire, consacrée par l'usage et qui rendait la femme propriétaire pure et simple : le titre XXXVII (§ 2) de la loi des Ripuaires nous dit que le *morgengab* se fait par tradition et il n'ajoute pas que cette tradition ait produit des effets propres : elle transférait donc purement et simplement la propriété, à ce point que si la femme mourait la première, les biens du *morgengab* passaient à ses héritiers, comme tous ses biens propres, comme la dot; c'est ce qui résulte bien aussi du traité d'Andelot. D'ailleurs la notion du droit d'usufruit n'existait pas à l'origine chez les Barbares : ils l'ont empruntée au droit romain et cette circonstance permet aussi d'expliquer comment certains droits ont persisté pendant un temps plus ou moins long à titre de propriété et ne se sont convertis en usufruits que dans la suite. A partir de l'époque où les autres libéralités faites par le mari à sa femme à l'occasion du mariage, purent être constituées en usufruit ou en propriété, mais sous condition de survie, le *morgengab* put être fait avec les mêmes modalités. Mais il semble bien que de droit commun, il soit resté une libéralité pure et simple. N'était-ce pas en effet le *pretium virginitatis?*

(1) Liv. VI, chap. 7 et 102.
(2) Voy. Du Cange, v° *maritagium*.

Il est intéressant de relever que la loi salique ne mentionne pas le *morgengab;* il en est seulement question dans la loi des Ripuaires (1). Déjà précédemment Tacite ne parlait pas du *morgengab;* peut-être d'ailleurs l'avait-il confondu avec la dot, car ces deux libéralités émanaient du mari; mais peut-être aussi le *morgengab* n'était-il pas commun à tous les peuples de race germanique.

Le *morgengab* n'accompagnait pas seulement le mariage ordinaire: il était aussi donné en cas de mariage morganatique, union inférieure à la précédente, mais cependant plus élevée que le concubinat et qui a subsisté en Allemagne jusqu'à notre époque.

A l'origine ce *morgengab* était distinct du douaire par cela même qu'il n'était pas soumis à la condition de survie, mais dans la suite il se confondit avec cette libéralité. La vieille maxime de nos coutumes : *au coucher la femme gagne son douaire*, en est une preuve manifeste.

L'Église ne s'était pas montrée favorable au *morgengab :* elle lui reprochait de présenter un côté immoral, le *pretium virginitatis.* Il avait le tort d'accompagner même les unions légitimes inférieures et par ces deux côtés, il était contraire à la dignité et à l'unité du mariage, comme l'entendait l'Église. Aussi combattit-elle le *morgengab* et favorisa-t-elle sa confusion avec le douaire qu'elle organisa avec soin. L'Église rendit le douaire obligatoire : il était constitué avant le mariage, devant la porte de l'église, *ad ostium ecclesiæ.* Il conserva pourtant le caractère du *morgengab* de n'être acquis à la femme que par la cohabitation (2). D'ailleurs, le douaire coexista pendant un temps assez long avec le *morgengab;* seulement celui-ci perdit d'autant plus son importance que celui-là se développait davantage.

Nous verrons sous la période suivante que certains anciens

(1) Loi des Ripuaires, tit. XXXVII, § 2.

(2) Sur la maxime : *Au coucher la femme gagne son douaire,* voy. Beaumanoir, chap. XIII, n° 25; Loysel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. III, règle 5; *Coutume de Normandie*, art. 367.

jurisconsultes ont beaucoup discuté sur le point de savoir à partir de quelle époque le douaire légal, coutumier ou tacite, a existé à côté du douaire conventionnel, et pour le cas où celui-ci n'aurait pas été stipulé. On a prétendu que ce douaire coutumier avait été créé pour la première fois sous Philippe-Auguste, au commencement du XIIIe siècle. C'est ce que dit en effet déjà Beaumanoir (1). Cette opinion ne saurait plus être admise aujourd'hui. Philippe-Auguste a réglementé le douaire coutumier, mais il ne l'a pas établi. N'avons-nous pas constaté l'existence de la dot légale qui est un véritable douaire coutumier et à laquelle il est fait allusion dans certaines formules (2)?

Indépendamment des libéralités que nous venons de parcourir, plusieurs lois barbares accordent à la veuve survivante, de véritables droits de succession sur une partie de la fortune de son mari. Ainsi la loi des Bavarois donne à la veuve une part d'enfant en usufruit ou la moitié également en usufruit de la succession de son mari, selon qu'il existe ou non des enfants du mariage (3). De même la loi des Burgondes (4) reconnait à la veuve un droit d'usufruit sur le tiers des biens de son mari, si celui-ci a laissé pour héritier un fils unique ou d'autres parents; en présence de plusieurs enfants, la part de la veuve serait réduite à un quart. Il ne peut pas être question, dans ces dispositions, de la dot, car il est dit que si la femme se remarie, elle perd cet avantage, mais non la dot; il ne s'agit pas non plus du droit de la femme sur les acquêts réalisés par son mari pendant le mariage, car il est dit que cet usufruit porte sur le tiers de tous les biens du mari et non pas seulement sur les acquêts; il s'agit donc bien d'un véritable droit de succession. Toutefois

(1) *Coutumes du Beauvoisis*, chap. 13, n° 12.

(2) Voyez notamment des formules de Bourgogne, *Chartes de Cluny*, n°s 7, 88, 105. Elles ont été publiées par Thévenin, *op. cit.*, n°s 175, 176, 177, p. 241 et suiv. Sur certaines inexactitudes contenues dans ces chartes, voyez Thévenin, *op.* et *loc. cit.*

(3) Loi des Bavarois, XIV, 6 et 9.

(4) Tit. XLII, § 1 et 2; tit. LXII, § 1 et 2; tit. LXXIV, § 1 et 2.

le titre LXXIV de la loi des Burgondes, certainement rédigé après le titre XLII, a subordonné le droit de succession de la veuve survivante à deux conditions : qu'elle n'eût pas recueilli la fortune de son père ou celle de sa mère; que son mari n'ait pas pris la précaution de lui faire une donation pour assurer son existence. Le même titre LXXIV de la loi des Burgondes ajoute que si la veuve était la seconde femme du mari prédécédé, elle ne peut exercer son droit de succession en usufruit que sur les biens échus à ses propres enfants et non sur les biens recueillis par les enfants du lit précédent.

La loi des Visigoths donne aussi à la veuve survivante, en concours avec ses enfants, une part d'enfant en usufruit (1). Mais elle ne nous fait pas connaître la quotité des droits de la femme pour le cas où le mari laissait d'autres héritiers; il est pourtant bien difficile d'admettre que dans ces circonstances, elle ait été écartée de la succession. Ajoutons que la loi des Visigoths appelle même la veuve à la totalité de la succession de son mari à défaut de parents jusqu'au septième degré : mais les autres lois paraissent préférer le fisc à la veuve ou ne s'expliquent pas sur ce point que nous retrouverons bientôt en nous occupant des successions entre époux.

On remarquera que ce droit de succession de la veuve se cumulait bien certainement avec la dot légale ou conventionnelle, le *morgengab* et même toutes autres libéralités que le mari aurait pu faire à sa femme. C'est par erreur que, suivant certains auteurs, le droit de succession n'aurait pas pu être cumulé avec le don du matin (2). La loi des Burgondes et celle des Visigoths consacrent ce droit de succession et on a la preuve que, dans les pays où elles s'appliquaient, le *morgengab* était usité sans restriction (3).

Enfin certaines lois barbares accordent à la veuve survi-

(1) Loi des Visigoths, IV, 2, 2 et 14.

(2) Voy. en ce sens Ginoulhiac, *Histoire du régime dotal et de la communauté de biens en France*, p. 227.

(3) Loi des Burgondes, XLII. Formules visigothiques, 17 et 20, Pertz, *Leges* V, 582 et 583; Zeumer, p. 582 et 583.

vante des droits particuliers sur les acquêts. La loi ripuaire donne à la femme survivante le tiers des acquêts. Cette décision est aussi consacrée par un capitulaire de Louis le Débonnaire, lequel porte toutefois du tiers à la moitié le droit de la femme sur les biens autres que ceux provenant de la concession d'un bénéfice (1). Même disposition dans la loi des Saxons (tit. IX) où la part de la femme est élevée du tiers à la moitié. D'ailleurs ce droit à une partie des acquêts se cumule avec la dot, conventionnelle ou légale, et avec le *morgengab* (2). On a prétendu que cette part de la femme dans les acquêts serait le résultat de son droit dans une sorte de communauté entre époux et qu'en conséquence elle pourrait prétendre au tiers des acquêts dans tous les cas à la dissolution du mariage, non seulement si elle est survivante, mais même si elle est prédécédée, seulement dans cette dernière circonstances, le droit au tiers des acquêts serait exercé par les héritiers. Cette solution, à notre avis, n'est pas exacte. La loi des Ripuaires est formelle pour exiger la survie de la femme : *si virum supervixerit*, et il est arbitraire de limiter cette condition à la dot (3). Le capitulaire de Louis le Débonnaire confirme pleinement notre interprétation car il porte : « *Volumus ut uxores defunctorum post obitum maritorum tertiam partem conlaborationis quam simul in beneficio conlaboraverint, accipiant.* » Le droit de la femme est donc subordonné à la condition du prédécès du mari. C'est en d'autres termes un gain de survie et non une part de com-

(1) Loi des Ripuaires, tit. XXXVII, § 2 : « *Si autem per seriem scripturarum nihil contulerit (maritus), si virum supervixerit, quinquaginta solidos in dotem recipiat, et tertiam partem de omni re quam simul conlaboraverint sibi studeat evindicare, vel quicquid ei in morgengeba traditum fuerat, similiter faciat.* » Cpr. Pertz, *Leges*, I, 437.

(2) On a soutenu le contraire pour le *morgengab* en s'appuyant sur le texte de la loi ripuaire qui porte en effet le mot *vel;* la veuve aurait le tiers des acquêts seulement à défaut de *morgengab*. Mais on sait qu'à cette époque le mot *vel* est souvent pris comme synonyme de *et*. De plus, comme il n'y a aucun rapport entre le droit à une partie des acquêts et le droit au *morgengab*, on ne voit pas pourquoi l'un exclurait l'autre.

(3) Voy., en sens contraire, Rimasson, *op. cit.*, dans la *Revue de législation ancienne et moderne*, année 1870-1871, p. 400.

munauté; aussi la femme meurt-elle la première, son droit est éteint et ses héritiers ne peuvent pas réclamer le tiers des acquêts à la différence de ce qui aurait eu lieu s'il avait existé une communauté entre époux.

Nous en avons fini avec les libéralités qui sont faites par le mari ou en son nom à la femme et avec les droits de succession que les lois barbares ont établis au profit de la veuve. Il ne faudrait pourtant pas croire que le mari ne reçût absolument rien. Les parents de la fille lui faisaient au contraire une donation que les lois lombardes désignent sous le nom de *faderflum* et dont on retrouve l'origine chez les Germains (1). Cette libéralité n'était d'ailleurs pas fort importante. Tandis que la dot, comme nous l'avons vu, portait sur des sommes ou des objets de grande valeur ou même sur des immeubles, le *faderflum* consistait simplement en vêtements, armes ou autres choses de même nature. Ces présents avaient lieu à l'effet de *ordinare filiam*. A raison même de leur importance secondaire, les biens du *faderflum* n'étaient pas, chez les Francs, imputables sur la part que la fille prenait en concours avec ses frères dans la succession de ses parents. Il semble cependant que les princes aient parfois donné une certaine importance au *faderflum*. Ainsi Childéric fit à ce titre de très grands présents à son gendre (2).

Il est certain que dans le droit lombard le mari ne garde le *faderflum* qu'en cas de prédécès de sa femme (3). Dans le silence des autres textes, il est difficile de dire s'il s'agit là d'un gain de survie ou d'une libéralité pure et simple qui, en cas de prédécès du mari, passerait à ses héritiers. D'un autre côté, les femmes faisaient souvent des libéralités à leurs maris et ces donations portaient naturellement sur d'autres biens que ceux compris dans le *faderflum*, notam-

(1) VII, Tacite, *Germanie*, § 18.
(2) *Capit. extravagant.*, tit. VII et VIII. — Loi des Alamans, tit. LV, § 1. — Loi des Bavarois, tit. X, § 2 et tit. V, § 7. — Lois de Rotharis, chap. 182 et 199.
(3) Lois de Luitprand, II, 1. — Lois de Rotharis, chap. 188.

ment sur ceux qui avaient été acquis par succession ou par le travail pendant le mariage (1).

Pendant le mariage, les droits du mari et ceux de la femme sont assez nettement déterminés. Que la femme n'exerce aucun droit sur les biens de son mari, cela est d'évidence. Mais quels sont les droits du mari sur les biens de sa femme? Celle-ci peut, en effet, posséder une fortune assez considérable : elle reste propriétaire des biens qui lui appartenaient déjà au moment de son mariage et qu'elle a pu acquérir de différentes manières, le plus souvent par succession; rien ne s'oppose à ce que de semblables acquisitions se réalisent à son profit pendant le mariage; les libéralités de diverses natures qui lui ont été faites par son mari ont aussi conféré à la femme la propriété d'un certain nombre de biens. Le mari a-t-il le droit d'administrer tous ces biens dont sa femme est propriétaire? On ne comprend pas que certains auteurs aient pu prétendre que le mari devenait propriétaire des biens de sa femme. Aucun texte ne nous parle de cette acquisition au profit du mari, laquelle serait en contradiction manifeste avec le système d'une dot donnée par le mari à sa femme. Ne voit-on pas aussi très fréquemment des femmes faire des donations à leurs maris de biens qu'elles ont recueilli par succession, par donation ou autrement, et n'est-il pas évident que ces libéralités auraient été à la fois inutiles et impossibles si, de plein droit, les biens avaient appartenu au mari (2)? On a voulu soutenir que le mari acquérait la propriété seulement en cas de survie; mais cette solution n'est pas plus exacte et elle est également contredite par les formules contenant des donations de femmes à leurs maris. N'est-il pas évident que fort souvent ces donations auraient été inutiles? D'après une opinion généralement reçue, le mari deviendrait tout au moins, soit d'une manière absolue, soit sous condition de survie.

(1) Marculfe, liv. I, form. 12 et liv. II, form. VII; Zeumer, p. 50 et 79; Rozière, form. 253 et 248.

(2) Marculfe, liv. I, form. 12; liv. II, form. 7; Zeumer, p. 50 et 79; Rozière, form. 253.

propriétaire des meubles de la femme; ce serait une conséquence du *mundium*. Mais il n'est pas possible de citer aucun texte à l'appui de cette solution et on se borne à l'expliquer par deux raisons : les meubles n'ont pas grande valeur; obliger le mari ou ses héritiers à en rendre compte, ce serait se jeter dans des difficultés inextricables, car le plus souvent les meubles auront été aliénés. La première raison n'est pas exacte. C'est une erreur de dire qu'à cette époque les meubles n'avaient pas de valeur. Nous avons vu qu'au contraire, surtout dans les grandes familles, on s'attachait à constituer des trésors qui étaient souvent d'une richesse considérable. Que le mari ait eu le pouvoir d'aliéner certains meubles de sa femme, à raison même de son droit d'administration, c'est ce qu'on peut facilement admettre, surtout pour les meubles susceptibles de dépérissement. Mais il n'est pas permis de conclure de là, surtout en l'absence de tout texte, qu'il était dispensé de rendre compte de leur valeur, encore moins qu'il devenait propriétaire de tous les meubles de sa femme. Il n'y a même, à vrai dire, aucune loi qui attribue formellement au mari l'administration des biens de sa femme. On se borne à le déduire des effets du *mundium*. Mais c'est là une solution contestable, surtout lorsqu'on voit des formules dans lesquelles une femme donne mandat général à son mari d'administrer ses biens (1). Pour attribuer au mari la propriété ou tout au moins l'administration des biens de sa femme, on a parfois invoqué le titre XIII de la première addition à la loi des Bourguignons, où il est dit : « *Jubemus ut maritus ipse, facultate ipsius mulieris sicut in eam habet potestatem, ita ei de rebus suis habeat.* » A notre avis, ce texte signifie tout simplement que le *mundium* du mari sur la personne de sa femme s'étend aussi à ses biens; la femme ne peut pas plus disposer de ses biens sans l'autorisation de son mari qu'elle ne le peut de sa personne. Mais le texte prouve par cela même, au contraire, que le mari ne devient pas propriétaire des biens de sa femme

(1) Rozière, form. 385 et suiv., p. 474.

et ne peut pas non plus les aliéner. N'est-ce pas la conséquence de l'assimilation que le texte fait de la femme avec ses biens? Le mari ne devient certainement pas propriétaire de sa femme et ne peut pas la vendre; il n'a donc pas non plus pareil droit sur ses biens. Tout au plus peut-on reconnaître au mari, en vertu de ce texte, un droit d'administration, ou même de jouissance, mais nous persistons à croire que cette solution elle-même est fort douteuse. Ce qui est certain, c'est que la femme ne peut pas disposer de ses biens sans l'autorisation de son mari; c'est là une conséquence forcée résultant du *mundium*. De nombreux documents et formules nous montrent des femmes mariées donnant ou vendant avec l'autorisation de leur mari. Une charte de 734 indique même la présence du mari dans une donation faite par sa femme et ajoute en parlant du mari qu'il consent, c'est-à-dire donne l'autorisation maritale (1).

Il ne semble pas qu'il ait existé dans les lois barbares un droit de succession *ab intestat* entre conjoints. Un seul texte est formel sur ce point. C'est la loi des Visigoths, d'après laquelle le mari et la femme se succèdent mutuellement l'un à l'autre à défaut de parents au septième degré (2). Mais cette disposition a été bien certainement rédigée sous l'influence du droit romain. La loi des Bavarois dit que si les époux sont décédés sans laisser de parents au septième degré, leur succession va au fisc (3); mais, à notre avis, on ajoute à la loi lorsqu'on prétend en conclure que les époux se succèdent l'un à l'autre et que le fisc vient seulement à défaut de l'époux survivant.

Les nombreuses formules de donations entre époux prouvent bien que le droit de succession n'existait pas entre mari et femme (4). Fort souvent ces donations sont faites par des

(1) *Diplomata*, 2e éd., II, n° 554, p. 365; Bordier, *Recueil de chartes mérovingiennes*, p. 60; Thévenin, *op. cit.*, n° 58, p. 68.
(2) IV, 2, 11. Voy. ce qui a été dit p. 173.
(3) XIV, 9, 4.
(4) Rozière, form. 245 et suiv., p. 294. Voy. Thévenin, *op. cit.*, n° 40, p. 47; n° 82, p. 112; n° 132, p. 193.

époux sans enfants; elles sont réciproques et au profit du survivant; ordinairement elles portent en propriété, mais parfois aussi elles ne consistent qu'en un usufruit; tantôt elles sont à titre particulier, mais d'autres fois à titre universel et elles s'étendent alors sur tous les biens ou sur une partie des biens, par exemple le tiers. Toutes ces circonstances ne prouvent-elles pas qu'elles ont pour objet ou de créer le droit de succession, ou de faire passer l'époux survivant avant les parents autres que les descendants? Dans quelques formules, sous l'influence du droit romain, l'époux donateur réserve la quarte légitime à ses héritiers (1). La condition de survie au profit du donataire est très fréquente; fort souvent aussi la donation est réciproque au lieu d'être faite par un seul époux à l'autre et, dans ce cas, on dresse deux écrits comme pour consacrer cette double existence (2). D'ailleurs ces donations se forment, comme tous les transports de propriété, soit par un mode de la loi salique ou du droit romain, par exemple *per festucam*, *per traditionem*, par remise de la charte, etc. (3). On fait aussi, selon la coutume romaine, des donations sous forme d'insinuation devant le défenseur de la cité et les membres de la curie; mais cette forme, consacrée par la loi romaine des Visigoths, semble n'avoir été usitée que dans le midi de la France (4).

On discute très vivement sur le point de savoir si le régime de la communauté existait déjà à l'époque franque. Il est certain que Tacite n'y fait aucune allusion. César mentionne au contraire, comme nous l'avons vu, chez les Gaulois, une institution qui forme bien une sorte de communauté entre mari et femme (5); mais il est certain qu'elle a disparu après l'établissement des Romains.

Quant aux lois barbares, nous n'y trouvons aucune trace d'un régime sous lequel des biens auraient été communs

(1) Voy. Rozière, form. 245, p. 295.
(2) Rozière, form. 251, p. 304.
(3) Rozière, form. 256, 257, 258.
(4) Rozière, form. 259 et suiv., p. 313 et suiv.
(5) *De bello gallico*, lib. VI.

entre mari et femme, surtout de plein droit et par le seul effet de la coutume. En réalité, ces lois distinguent trois sortes de biens : les *bona avita* ou, comme on disait dans notre ancien droit, les propres, c'est-à-dire les biens provenant de succession ; les *bona comparata* ou biens acquis entre-vifs ; les *bona acquisita* ou biens provenant du travail commun des époux. La loi ripuaire donne à la femme le tiers de ces derniers biens (1) et la loi des Saxons la moitié (2). Quant à la loi des Visigoths, elle veut que la femme prenne sur ces biens une part qui est fixée d'après la proportion existant entre le *faderfium* et les autres biens plus tard acquis par elle comparés à ceux du mari (3). La loi des Ripuaires subordonne toutefois, d'après une opinion que nous avons d'ailleurs repoussée, ce tiers de la veuve à l'absence de douaire (4). Une loi de Luitprand veut que dans aucun cas la femme n'obtienne plus que la dot légale jointe au *morgengab* (5). Mais les autres lois gardent le silence et semblent dès lors permettre le cumul. Cette part de la femme, sur les produits du travail commun, lui est attribuée de plein droit et sans qu'aucune convention matrimoniale soit nécessaire à cet effet (6). On aurait donc pu, par des conventions matrimoniales, par des contrats faits pendant le mariage, par testament, modifier cette règle. De même les lois n'accordent à la femme ce tiers sur les produits du travail commun qu'à la condition de survie. Mais on ne doit pas hésiter à dire que cette condition de survie pouvait être supprimée par des conventions particulières.

Peut-on dire qu'il résulte de cette situation une institution qui serait le germe de notre communauté ? Nous ne le pensons pas. Nous ne donnerons pas comme raison que la part

(1) Tit. XXXVII, § 2.
(2) Tit. IX.
(3) IV, 2, 16.
(4) Tit. XXXVII, § 2.
(5) Liv. VI, chap. 102.
(6) C'est ce que semblent bien supposer aussi les textes suivants : Frédégaire, § 4 et 85 ; *Gesta Dagoberti*, cap. 47 ; Aimoin, liv. II, chap. 36.

de la femme était inférieure à celle du mari, car la communauté ne suppose pas nécessairement des parts égales ; on peut être copropriétaires pour des parts inégales. Mais la communauté suppose cette copropriété. Or il est impossible de prétendre que la femme était copropriétaire avec son mari : non-seulement elle n'avait jamais aucun droit sur les acquêts, mais, de plus, son droit sur les produits du travail commun, fixé à un tiers par la loi des Ripuaires et par le capitulaire de 821, ne naissait à son profit qu'à condition de survie. Si elle avait été copropriétaire de ce tiers, elle aurait dû le transmettre à ses héritiers en cas de prédécès. Il est vrai que le mari ne pouvait pas disposer des biens provenant du travail commun sans le consentement de sa femme (1), mais ce n'est pas là une raison décisive. On cite sans doute une formule de Marculfe (2) où il est dit qu'une femme fait donation à un mari de cette *pars tertia*. On en conclut qu'à la mort de la femme prédécédée, cette part devait donc aller de droit commun à ses héritiers et non au mari ; autrement la donation faite par la femme au mari serait inutile. Plusieurs réponses peuvent être faites à cette objection. D'abord il est permis de supposer un cas où en vertu, non pas du droit commun, mais des conventions matrimoniales, la femme doit avoir ce tiers dans toutes les circonstances, même si elle prédécède et alors notre libéralité a pour objet de déroger à cette convention en supposant que cette dérogation soit permise avec le consentement des deux époux. Mais on peut aussi faire remarquer que, dans cette formule, il s'agit d'un testament conjoint, par lequel le mari fait donation à sa femme de la *tertia pars* et alors le rédacteur de la formule, pour maintenir une similitude parfaite entre les deux dispositions, a aussi voulu que la femme fît pareille donation à son mari, sans remarquer que cette disposition était inutile ou même dangereuse.

Mais si le régime de la communauté n'existait pas encore

(1) Voy. ce que dit à cet égard Pardessus, *Loi salique*, p. 674 et suiv.
(2) Liv. II, form. 7, Zeumer, p. 79.

à cette époque, malgré l'opinion contraire de certains savants (1), il faut bien reconnaître que cette institution se préparait déjà et dans les lois et par les mœurs. L'ancien usage de donner une dot au mari avait pu faire déjà naître la notion d'un patrimoine commun au mari et à la femme. Celle-ci n'était-elle pas considérée, dans les usages de la Germanie, comme l'associée du mari, et cette idée reparaît à chaque instant dans les formules. Les lois l'ont elles-mêmes acceptée et en ont tiré des conséquences lorsqu'elles ont décidé que la femme aurait droit, à la dissolution du mariage, au tiers du produit des travaux communs. Plus d'une fois les époux songèrent à mettre tous leurs biens en commun, et, à cet effet, se firent des donations réciproques. Nous possédons une formule curieuse dans laquelle, devant le comte, deux époux sans enfants se donnent réciproquement l'un à l'autre tous leurs biens et de telle sorte qu'ils seront communs pendant la durée du mariage, ensuite le survivant aura l'usufruit des biens du conjoint prédécédé et enfin à sa mort cet usufruit retournera aux héritiers naturels (2). Dans une autre formule, nous voyons un mari et sa femme affranchir l'un et l'autre un esclave. C'est donc que cet esclave était leur propriété commune (3).

Le *mundium* du mari, en lui conférant certains droits sur les biens de sa femme, devait aussi préparer la communauté. Ainsi, d'après la loi des Burgondes (4), le fidéjusseur peut saisir les meubles de la femme du débiteur. Ne semble-

(1) Voy. par exemple, Pardessus, *Loi salique*, 13e dissertation.

(2) Rozière, form. 253, p. 307.

(3) Rozière, form. 86, p. 114. Dans une autre formule, un mari et sa femme donnent ensemble leurs biens à leur fils, mais cette formule est beaucoup moins probante. Rozière, form. 171, p. 218. Thévenin cite un texte où un mari et sa femme font en commun donation à une abbaye de leurs biens propres et acquêts ; mais il ne résulte pas, à notre avis, de ce que la donation est faite en commun, que les biens aient été également communs ; en réalité les deux époux, par un même acte, donnent chacun les biens qui lui appartiennent. Ce qui le prouve, c'est qu'ils donnent non-seulement leurs acquêts, mais encore leurs propres et on ne voit dans la formule aucune indication que ces biens auraient fait partie d'une communauté universelle entre époux. Voy. cependant Thévenin, *op. cit.*, n° 57, p. 67.

(4) Loi des Burgondes, tit. XCVI.

t-il que, d'après cette loi, par l'effet du *mundium*, les meubles de la femme soient, tout au moins au regard des créanciers, considérés comme appartenant au mari? Et en effet, s'il en était autrement, l'action des créanciers aurait été à chaque instant arrêtée par la prétention que la femme aurait pu élever vis-à-vis d'eux d'être copropriétaire de tels ou tels meubles.

Enfin nous reconnaissons volontiers que la disposition de la loi des Visigoths, déjà citée plus haut, contient une disposition qui se rapproche assez sensiblement du régime de la communauté. En effet, tandis que la loi des Ripuaires, le capitulaire de Louis le Débonnaire et la loi des Saxons subordonnent le droit de la femme sur une partie des acquêts, à la condition de sa survie, au contraire la loi des Visigoths répartit, sans aucune condition de ce genre, les acquêts entre les deux époux en proportion de leurs apports respectifs : l'époux survivant prend une part et les héritiers de l'époux prédécédé ont droit à l'autre (1).

Lorsque le mariage prenait fin par le décès de la femme, le règlement des droits des époux dépendait des conventions matrimoniales. A leur défaut, les biens propres à la femme passaient à ses héritiers, à moins qu'elle ne les eût laissés à son mari. Nous avons vu que, fort souvent, la femme donnait à son mari l'usufruit, de sorte que les héritiers naturels acquéraient la pleine propriété seulement à la mort du mari. Ces donations faites par la femme à son mari survivant, en propriété ou en usufruit, en totalité ou en partie, de ses biens, prouvent manifestement l'erreur de ceux qui pensent que les propres de la femme prédécédée allaient à son mari. Il n'y avait même pas, comme nous l'avons vu, de droit de succession entre mari et femme. N'est-il pas évident que ces donations, faites au mari survivant, auraient été tout à fait inutiles si le mari avait dû, en cette qualité même et d'après la loi, garder les propres de sa femme (2).

(1) Loi des Visigoths, IV, 2, 16.

(2) Marculfe, liv. I, form. 12, Zeumer, p. 50; liv. II, form. 7, Zeumer, p. 79; Rozière, n° 253.

M. Pardessus (1) admet bien notre solution pour les immeubles propres de la femme, mais il prétend que les propres mobiliers restaient au mari survivant, sous prétexte que le mari ne pouvait pas, le plus souvent, les garder en nature et qu'une restitution aurait exigé une reddition de compte trop compliquée. Ces raisons ne nous paraissent pas décisives, d'autant plus que la distinction proposée par M. Pardessus n'est consacrée par aucun texte et que certaines fortunes mobilières étaient considérables déjà à cette époque où pour se mettre à l'abri du hasard de la fortune et des révolutions, on avait le soin d'accumuler des trésors considérables. Si les héritiers de la femme étaient les enfants nés du mariage et se trouvaient encore en état de minorité, le mari survivant exerçait alors, en qualité de père, sur les biens de sa femme, les droits que lui conférait l'autorité paternelle.

La femme étant prédécédée, ses héritiers n'avaient pas droit aux libéralités que le mari avait faites à la femme sous condition de survie, mais ils profitaient tout naturellement des autres. Ainsi à l'origine le *dotalitium* était constitué par le mari à la femme sans condition de survie, et dès lors si celle-ci prédécédait, les héritiers de la femme y avaient droit (2). On peut en dire autant à l'origine du *morgengab*. Mais, de bonne heure, la condition de survie fut essentielle dans le douaire et s'introduisit dans le *morgengab* et à partir de cette époque, les héritiers de la femme n'eurent aucun droit sur ces libéralités (3). La dot légale constituée par certaines lois, notamment par la loi des Ripuaires qui la fixe à 50 sous (4), étant un gain de survie, ne profitait pas non plus aux héritiers de la femme. Quant au tiers auquel la femme avait droit sur les biens provenant du travail en commun, il constituait aussi un gain de survie et ne profitait dès lors pas

(1) *Loi salique*, 13e dissertation, p. 82.

(2) Loi des Ripuaires, tit. XXXVII, § 2.

(3) D'après un édit de Chilpéric de 584 pour le cas où le mariage est dissous sans enfants, le *dotalitium* se partage entre le mari et les héritiers de la femme.

(4) Tit. XXXVII, § 2.

aux héritiers de la femme prédécédée. En vain cite-t-on en sens contraire la formule du livre II de Marculfe où la femme donne ce tiers à son mari, ce qui, dit-on, serait inutile si ses héritiers n'y avaient aucun droit (1). Nous avons déjà dit qu'il s'agit dans cette formule d'un testament réciproque entre mari et femme et que cette clause du testament est une disposition inutile ou même dangereuse, imaginée à tort par l'auteur de la formule à l'effet d'établir une symétrie parfaite entre les libéralités du mari à la femme et celles de la femme au mari.

En droit romain, il existe un droit de retour au profit de l'ascendant qui a constitué la dot profectice si le mariage a pris fin par la mort de la femme (2).

Ce droit de retour a-t-il été maintenu à l'époque franque pour les Gallo-Romains? La question est discutée. Ce qui est certain, c'est que le Bréviaire d'Alaric et le Papien n'en parlent pas; plus tard, le *Brachylogus* n'examinera pas la question et les *Petri exceptionès* se prononceront contre le droit de retour.

Dans certaines lois barbares on constate l'existence d'un droit de ce genre. D'après la loi des Saxons, lorsqu'une veuve n'a pas eu de fils, celui qui a donné la dot ou son plus proche héritier la reprend après la mort de la femme (3). La loi des Bavarois veut qu'en cas de convol d'une veuve en secondes noces, si cette femme meurt ensuite sans enfants de son second mariage tout ce qu'elle a reçu en dot du premier mari retourne aux enfants du donateur (4). La loi des Burgondes décide qu'à la mort d'une veuve les biens donnés par son mari doivent revenir à ses enfants et que si elle ne laisse pas

(1) Pardessus, *Loi salique*, 13e dissertation, p. 685.

(2) L. 5, § 11 et 12, L. 6, *De jure dotium*, 23, 3; Ulpien, *Règles*, VI, § 4, 5, 7. La dot profectice suppose originairement que cette libéralité a été faite par le *paterfamilias* à sa fille en puissance au moment du mariage, mais de bonne heure les jurisconsultes ont reconnu le même caractère à la dot constituée par le père à sa fille émancipée. Voy. la loi 5 précitée. Au temps des glossateurs, on soutenait que l'existence d'enfants empêchait le retour à l'ascendant. Mais cette doctrine est aujourd'hui abandonnée. Cpr. Vangerow, *Lehrbuch*, t. I, p. 220.

(3) Loi des Saxons, tit. VII.

(4) Loi des Bavarois, XV, 8.

d'enfants, la moitié des biens qu'elle a reçus de son mari, retournera aux héritiers de ce dernier (1). Enfin la loi des Visigoths consacre un droit de retour général au profit du donateur ou de ses héritiers lorsque le donataire meurt sans enfants, *ab intestat*, et sans avoir disposé des biens donnés (2).

Lorsque le mariage prenait fin par la mort du mari, la femme ne recouvrait cependant pas sa liberté. Le *mundium* passait du mari à ses héritiers, mais ne retournait pas dans la famille de la femme, car il avait été définitivement aliéné.

Quant au règlement des intérêts pécuniaires, il était déterminé avant tout par les conventions matrimoniales. Ainsi ces conventions pouvaient décider si la femme aurait, sur le *dotalitium*, sur le douaire ou même sur le *morgengab*, un droit de propriété ou d'usufruit, si ce droit de propriété serait ou non subordonné à sa survie (3).

On se rappelle que si la veuve se remariait, les héritiers du premier mari avaient droit au *reipus* payé par le second mari et à l'*achasius* dû par la femme. D'ailleurs, ce second mariage ne faisait pas perdre à la veuve ses droits sur la dot conventionnelle ou légale, ni sur les autres libéralités qu'elle avait reçues à l'occasion de sa première union (4). Toutefois, d'après la loi salique, la veuve qui se remariait et avait des enfants de son premier mariage, ne conservait la totalité de sa dot qu'à charge de la restituer intacte à ces enfants; si elle n'avait pas d'enfants du premier lit, elle devait, outre l'*achasius*, abandonner aux parents de son mari prédécédé, un tiers de la dot et différents objets (5).

La veuve ne perdait pas non plus en se remariant son droit à une partie des acquêts du premier mariage, mais il en était autrement de son droit de succession en usufruit (6).

(1) Loi des Burgondes, LXII, 2.
(2) Loi des Visigoths, liv. V, tit. 2, n° 4.
(3) Voy. par exemple, Rozière, form. 220 et 221.
(4) Loi des Bavarois, XIV, 7, 2. — Loi des Burgondes, LXII, 2.
(5) Loi salique, tit. XLVI.
(6) Loi des Burgondes, LXII, 2. — Loi des Bavarois, XIV, 7, 1. — Loi des Visigoths, IV, 2, 14.

Les lois des Francs ne nous disent pas comment se réglaient les intérêts pécuniaires des époux en cas de divorce par consentement mutuel. D'après la conjecture de M. Pardessus (1), une convention des époux déterminait leurs droits respectifs; à défaut d'accord, la justice statuait.

Si le mari divorçait, sans cause légitime, il devait, d'après la loi des Bavarois, rendre à la femme non seulement ses biens propres, mais encore la dot; la loi des Bourguignons voulait même que cette dot fût restituée au double (2).

Dans tout ce qui précède, nous avons négligé le régime des biens et le droit de succession entre époux gallo-romains. Entre eux s'est maintenu le droit romain, notamment le régime dotal, avec l'inaliénabilité des immeubles donnés à ce titre au mari. On sait que ce système d'inaliénabilité a plusieurs fois varié. La loi Julia défendait au mari d'aliéner l'immeuble dotal italique sans le consentement de sa femme et par conséquent aussi de l'hypothéquer ou de le grever de servitudes, car ce sont là plus ou moins des aliénations partielles (3). Plus tard et sous l'influence du sénatusconsulte Velléien, les jurisconsultes furent amenés à décider que le mari ne pourrait pas hypothéquer même avec le consentement de sa femme. Le sénatusconsulte Velléien avait frappé toutes les femmes, filles ou veuves, de l'incapacité de garantir la dette d'autrui (*intercedere*) et il était assez naturel de considérer comme une sorte d'intercession le fait d'une femme mariée de consentir à ce que son mari grevât d'une hypothèque l'immeuble dotal. Enfin Justinien généralisant cette extension, posa le principe de la prohibition absolue d'aliéner ou d'hypothéquer, même avec le concours de la femme (4).

(1) *Loi salique*, 13e dissertation, p. 680.

(2) Loi des Bavarois, tit. VII, chap. 14. — Loi des Burgondes, tit. XXXIV.

(3) L. 4, *De fundo dotali*, 23, 5.

(4) On n'est pas d'accord sur l'origine de la prohibition d'hypothéquer l'immeuble dotal. Suivant certains auteurs, cette prohibition n'aurait pas été prononcée par la loi Julia et elle ne se serait introduite que dans la suite, sous l'influence du sénatusconsulte Velléien. D'autres, à l'appui de cette doctrine, ont fait remarquer que l'hypothèque était à peine connue à Rome à l'époque de

Pendant la période franque le régime dotal fonctionnait en Gaule tel qu'il avait été organisé avant Justinien : le mari pouvait aliéner avec le consentement de sa femme, mais non hypothéquer. Lorsque la législation de Justinien fut connue dans la suite, on l'appliqua aussi au régime dotal : le mari ne put consentir aucune aliénation ou hypothèque, même avec le consentement de sa femme. Mais cependant le régime antérieur à Justinien continua à faire sentir son influence dans la coutume de Toulouse (1). Quant à l'incapacité du sénatusconsulte Velléien il semble qu'elle disparut comme nous l'avons vu précédemment; elle ne reparaîtra qu'aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles (2).

Nous devons ajouter que d'après plusieurs historiens ou jurisconsultes, le régime dotal du droit romain avait pénétré en Normandie; dans cette province, en effet, il existait une sorte d'inaliénabilité de la dot et on affirme encore souvent aujourd'hui qu'elle a été empruntée au droit romain. Pour l'établir, on fait surtout remarquer que la loi romaine des Visigoths a été copiée en Normandie de très bonne heure,

la loi Julia et que, tout au moins, elle n'était pas encore entrée dans la législation. Mais ce point est fort contestable. D'une part on possède un texte de Labéon, où l'hypothèque est formellement mentionnée, L. 35, *De pignoribus et hypothecis*, 20, 1 ; or, Labéon était contemporain d'Auguste, et par conséquent aussi de l'époque où fut votée la loi Julia. D'un autre côté la loi 4 au titre *De fundo dotali* dit positivement que la loi Julia défendait d'*alienare et obligare*. Aussi, dans une seconde doctrine, fait-on remonter à cette loi la prohibition d'hypothéquer. La question offre un intérêt considérable : si la prohibition d'hypothéquer résulte du sénatusconsulte Velléien, la nullité de l'hypothèque consentie par la femme est relative et celle-ci peut indirectement y renoncer de même qu'au bénéfice du sénatusconsulte. La prohibition résulte-t-elle de la loi Julia, alors la nullité de l'hypothèque consentie par la femme est absolue, car cette constitution d'hypothèque est contraire à une loi d'ordre public : *oportet dotes mulierum salvas esse*. A notre avis, la prohibition d'hypothéquer dérive, comme celle d'aliéner, de la loi Julia; mais nous croyons qu'elle a été aggravée sous l'influence du sénatusconsulte Velléien. A partir de cette seconde époque, le mari a encore pu aliéner l'immeuble dotal avec le consentement de sa femme, mais il lui a été interdit de l'hypothéquer même avec ce consentement.

(1) Voy. Coutume de Toulouse, art. 109, éd. Tardif, p. 48.

(2) Ce qui le prouve, c'est que dans certaines chartes rapportées dans Vaissète, on voit des femmes qui s'obligent avec leur mari sans renoncer au bénéfice du sénatusconsulte. Vaissète, *Histoire du Languedoc*, t. II, preuves, n[os] 233 et 237. Cpr. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, 2[e] éd., p. 386.

dès la première moitié du IXe siècle (1). Ce fait est, à notre avis, tout à fait insuffisant. Nous allons plus loin et nous pensons, comme nous avons essayé de l'établir ailleurs, que l'étude du droit romain n'a jamais cessé d'être cultivée dans certaines abbayes de Normandie. Mais il n'en est pas moins vrai que le droit normand, loin de présenter de nombreuses affinités avec le droit romain, est un de ceux qui ont le plus fidèlement conservé les caractères des anciens usages germaniques. Il a en outre subi de très bonne heure l'influence de l'Angleterre et c'est, à notre avis, sous cette influence que s'est établie l'inaliénabilité de la dot dans ce pays (2). Nous aurons d'ailleurs occasion de revenir sur cette question sous la période suivante.

## § 21. — LES OBLIGATIONS.

Pour la formation des contrats, nous sommes encore une fois en présence de deux législations différentes, le droit romain et le droit germanique résumé dans les *Leges*. En vertu du principe des lois personnelles, ces deux législations ont été appliquées en même temps et l'une à côté de l'autre. Les contrats des Gallo-Romains se formaient suivant les principes du droit romain; ceux des Francs, d'après les usages consacrés par la loi salique. Mais de très bonne heure, dès les premiers temps de l'établissement des Francs et sous l'influence manifeste des praticiens, il s'opéra une véritable fusion entre les deux législations. Les Francs et aussi les autres Barbares parvinrent, sans aucune difficulté, à adapter leur système des contrats à celui des Romains. Ainsi se forma rapidement une sorte de législation mixte qui convint à tous; Gallo-Romains et Francs l'acceptèrent des praticiens sans difficulté. Sous ce rapport, il y avait en effet plus d'une ressemblance entre le droit romain et le droit barbare; d'un autre côté il était fort utile d'obtenir pour la formation des

(1) Voy. le manuscrit latin 8843 de la Bibliothèque nationale. Cf. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 683.

(2) Nous nous sommes longuement expliqué sur ce point dans notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, et p. 286.

contrats, une législation uniforme, au lieu d'appliquer le système des lois personnelles. Dans tous les temps et à toutes les époques, on a pu constater que les lois des pays les plus divers présentent des ressemblances nécessaires dans la matière des contrats et qu'il est facile d'opérer entre elles des rapprochements. Bien différentes sont les lois relatives à la famille, à la propriété, aux successions ; elles tiennent à l'essence même du caractère de chaque peuple. Mais les contrats sont avant tout destinés à répondre aux besoins journaliers des particuliers entre eux. Tandis que la famille et la propriété comportent des organisations très diverses, on ne conçoit qu'un nombre assez limité de moyens à l'effet de s'obliger : ou le contrat sera soumis à certaines formes, ou il en sera dégagé et résultera du simple échange des consentements. C'est à ces deux principes fondamentaux que se rattachent toutes les dispositions législatives concernant les contrats, aujourd'hui, dans le Code civil, comme autrefois chez les Romains ou parmi les Barbares. C'est en vertu de ces différentes causes que la fusion s'est rapidement faite en cette matière entre le droit romain et le droit barbare. Aussi a-t-on cessé d'appliquer le système des lois personnelles et s'est-on dispensé de relever, dans les actes constatant les contrats, les nationalités des parties.

Pour bien comprendre cette transformation, nous devons nous attacher d'abord au droit romain des contrats, puis à celui de la loi salique, nous verrons ensuite comment et dans quelle mesure la fusion s'est faite.

Le droit romain des contrats nous arrêtera peu. Ce n'est pas ici le lieu de l'expliquer. Nous nous bornerons à renvoyer aux nombreux traités de droit romain. Relevons seulement quelques points importants pour l'explication du droit des contrats pendant notre période. Chez les Romains les contrats se forment de quatre manières : par la remise de la chose, *re* (*mutuum*, dépôt, gage, commodat, contrats innommés) ; par la stipulation, *verbis*, c'est-à-dire par l'échange de paroles sous forme de question et de réponse ; par écriture, *lit-*

*teris;* enfin par le seul échange des consentements, *consensu* (vente, louage, mandat, société). En décidant que certains contrats se forment par la livraison de la chose, la loi romaine n'a en réalité établi aucun formalisme, elle n'a fait que constater la vérité des faits. Dans aucune législation on ne peut dire qu'il y a déjà prêt de consommation ou à usage, dépôt, gage, tant que l'objet n'a pas été remis. La stipulation suppose au contraire un certain formalisme : elle se fait au moyen d'une demande et d'une réponse et exige dès lors dans la rigueur des principes la présence des deux contractants. Elle offre l'avantage de convertir en contrats les simples pactes, c'est-à-dire toutes les conventions, dans les cas où le seul échange des consentements est insuffisant. Mais en outre la stipulation est très utile, même dans les cas où le contrat pourrait se former ou a déjà pris naissance *re* ou *consensu;* par l'effet d'une novation, elle change le contrat de bonne foi en contrat de droit strict (1). Or il existait entre ces deux sortes de contrats de nombreuses et importantes différences. D'un autre côté la stipulation donne au contrat un grand degré de précision. Aussi l'emploie-t-on même lorsque le contrat peut se former ou s'est formé autrement (2). En pratique les personnes commencent par discuter les conditions du contrat à intervenir. Ces éléments établis, elles font ensuite une stipulation qui réalise le contrat. L'opération se décompose ainsi en deux parties : d'abord de simples échanges de vue et des conventions par simples pactes, puis ensuite on donne à ces conventions la forme d'une stipulation. Aussi cette stipulation s'appelle-t-elle *stipulatio subjecta* ou *subdita* (3). Le jurisconsulte Paul indique bien nettement cette manière de procéder dans deux textes de ses

(1) Cela n'est pas vrai pour le *mutuum* qui était par lui-même de droit strict. Mais tous les autres contrats *re* et tous les contrats consensuels, sans exception, étaient de bonne foi.

(2) Voy. par exemple L. 40, *De rebus creditis*, 12, 1; L. 26, § 2, *De verborum obligationibus*, 45, 1; L. 71 pr., *Pro socio*, 17, 2; L. 45, *De pactis*, 2, 14; L. 15, 3, *De precario*, 43, 26. Cpr. Hübner, *Ein* pactum fiduciæ, dans l'*Hermès*, t. III, 1869, p. 285.

(3) Const. 4, *Pro socio*, 4, 37.

*Sentences : « Pacto convento, Aquiliana subjici solet. » « Omnibus factis stipulatio subjici debet ut ex stipulatu actio nasci possit* (1). » On peut ensuite rédiger un écrit à titre de preuve de la stipulation; mais cet écrit n'est pas nécessaire pour la formation du contrat *verbis* et il faut en dire autant à l'égard des contrats consensuels (2). Quant aux contrats qui se forment *litteris*, par écrit, ce n'est pas le lieu d'en parler. Dans ces contrats l'écriture joue le rôle qui est attribué aux paroles dans la stipulation (3). Ce qu'il importe de relever, c'est que le droit romain reconnaît deux sortes d'écritures : les unes forment le contrat, les autres lui servent seulement de moyen de preuve. Dans le premier cas le contrat doit sa naissance à l'écriture, dans le second cas il existe indépendamment de toute écriture, mais l'acte qui est dressé lui sert de preuve. Cet écrit porte le nom d'*instrumentum privatum*, *arcarium nomen*, *syngraphum*, *chyrographum*, *idiochirum*, *cautio* (4).

Jusqu'à la fin de l'époque classique les Romains n'ont pratiqué, en général, pour la formation des contrats, que les actes sous seings privés (5). Mais à partir de ce temps, l'usage s'introduisit de faire rédiger les contrats par des officiers publics inférieurs appelés *tabelliones*. Il exista alors deux sortes d'écrits probatoires, les *instrumenta privata* et les *instrumenta publica* (6). A mesure que ceux-ci se multiplièrent, les tabellions devinrent aussi plus nombreux; ils s'attachèrent à composer des formulaires ou modèles d'actes

(1) I, 1, 3; II, 23, 2.

(2) C'est ce que nous apprend encore le jurisconsulte Paul dans ses *Sentences*, II, 17, 14.

(3) Le contrat *litteris* est exposé par Gaius, Com. III, § 128 et suiv. Mais tel qu'il est décrit par ce jurisconsulte, il n'existe plus au temps de Justinien.

(4) Gaius, Com. III, § 131 et 134; L. 47, § 1, *De pactis*, 2, 14; L. 41, § 2, *De usuris*, 22, 1; L. 31, *De probationibus*, 23, 3; Const. 1. *Qui potiores*, 8, 18; L. 15, § 1, *De pignoribus et hypothecis*, 20, 1.

(5) Il faut remarquer toutefois que les actes de la vie civile accomplis devant le magistrat, affranchissements, adoptions, adrogations, etc., étaient évidemment constatés par des écrits authentiques.

(6) Const. 1, C. Th. *Ad legem Corneliam de falsis*, 9, 19; Const. 17, *De fide instrumentorum*, 4, 21.

qui leur servaient pour les divers contrats de la vie civile.

C'est le moment de nous arrêter un instant aux modifications que la pratique introduisit à la théorie établie par les jurisconsultes romains pour la formation des contrats. Ces modifications concernent surtout la stipulation et les écrits. On en arriva de très bonne heure à réduire la stipulation à sa plus simple expression. Dès l'époque classique, on se relâcha de la rigueur relative à la solennité des paroles. Ulpien permettait au promettant de répondre : *quidni*. Une constitution de l'empereur Léon abrogea formellement la solennité des paroles (1). La loi continua toutefois à imposer à la stipulation un double formalisme : elle devait être orale ; elle exigeait une demande et une réponse. Aussi la stipulation supposait-elle encore la présence des parties. Toutefois, dans la pratique, on avait pris l'usage de constater les stipulations par écrit. Les actes dressés à cet effet affirmaient l'échange des paroles. Il est fort probable que les praticiens conseillèrent aux parties de s'en tenir à la rédaction d'un écrit; en fait on ne prononçait plus les paroles, mais un écrit constatait qu'elles avaient été échangées et cette fiction mise à la place de la réalité permit de supprimer la stipulation verbale et de ne plus exiger la présence des contractants. Sans doute il y avait là une simulation, mais la preuve de cette simulation n'était pas toujours facile. Le jurisconsulte Paul semble cependant déjà protester contre ce procédé qui remplaçait la stipulation par la rédaction d'un écrit (2). Un texte de Justinien nous apprend que ces simulations étaient la cause de fréquents procès : pour faire tomber une stipulation, on essayait de prouver qu'elle n'avait pas eu lieu et que l'écrit contenait une déclaration fausse. D'ailleurs, l'empereur Justinien, au lieu de réprimer ces simulations, s'attacha au contraire à les favoriser, en déterminant avec rigueur les seuls moyens de preuve par lesquels on pourrait établir que

(1) L. 1, § 2, *De verborum obligationibus*, 45, 1. Voy. aussi § 1, Inst. *De verborum obligatione*, 15, 1; Const. 10, *De contrahenda stipulatione*, 8, 38.
(2) L. 38, *De obligationibus et actionibus*, 44, 7.

la stipulation mentionnée dans un écrit n'avait pas eu lieu verbalement entre personnes présentes (1). En procédant ainsi, Justinien se bornait à suivre le mouvement de la pratique qui tendait de plus en plus à supprimer le formalisme de la stipulation et à attacher une grande importance à la rédaction des écrits. En fait, et depuis longtemps déjà, les particuliers recouraient à la rédaction d'un écrit public ou privé pour constater les principaux contrats de la vie civile. Les jurisconsultes, les magistrats et les empereurs maintenaient avec fermeté la distinction entre la formation du contrat et sa preuve; ils rappelaient à maintes reprises que l'écrit n'était pas nécessaire à la naissance du contrat et qu'il servait seulement à en prouver l'existence (2). Mais la pratique avait une tendance contraire et cela est facile à expliquer. Les particuliers ne comprennent pas cette distinction entre la formation du contrat et sa preuve; ils croient volontiers que l'écrit à la fois forme et prouve le contrat. Aussi ne se considèrent-ils pas comme engagés tant que l'acte écrit n'est pas parfait. Mais ce n'est pas encore tout : les jurisconsultes eux-mêmes sont obligés d'admettre que si les parties ont entendu retarder la formation du contrat à l'époque de sa constatation par écrit, cette volonté doit être respectée. C'est une conséquence du principe de la liberté des conventions. Il résulte de là que dans la pratique les contrats les plus importants se forment au moment de la rédaction de l'écrit; c'est à cette époque seulement que se produit l'échange des consentements; le contrat naît au moment où l'écrit destiné à le prouver est parfait. Cette manière de procéder est si naturelle, qu'elle est encore employée aujourd'hui comme elle l'était déjà du temps des Romains (3).

(1) Const. 14, *De contrahenda stipulatione*, 8, 38.

(2) Const. 4, 9, 10, 12, *De fide instrumentorum*, 4, 21; Const. 2 et 9, *De nuptiis*, 5, 4; Const. 2, *De acquirenda et retinenda possessione*, 7, 32; Const. 3, *De fide et jure hastæ fiscalis*, 10, 3; Const. 25, *De liberali causa*, 7, 16; Const. 12, *De contrahenda emptione et venditione*, 4, 38; Const. 12, *De probationibus*, 4, 19.

(3) Toutefois chez les Romains des difficultés s'étaient élevées sur le point de savoir à quel moment l'*instrumentum* devait être considéré comme parfait

Voyons maintenant comment les contrats se forment dans le droit germanique (1).

On a beaucoup discuté de nos jours sur le point de savoir comment naissent les contrats d'après la loi salique. Les uns enseignent que la promesse simple et unilatérale vaut par le seul échange des consentements, sans qu'elle soit soumise à aucune forme extérieure (2). D'autres prétendent, avec plus de raison, que le droit de la loi salique est essentiellement formaliste, que la seule volonté ne peut suffire à former un contrat muni d'action. D'après cette doctrine, les actions sont limitées en nombre dans la loi salique comme dans la procédure romaine et elles ne peuvent naître d'un contrat que dans deux cas : s'il y a eu *fides facta* ou *res præstita* (3). La *fides facta* consiste dans l'accomplissement de certaines solennités et la *res præstita* dans la tradition.

La solennité la plus ordinaire est celle de la remise de la *festuca*, par l'un des contractants à l'autre et les textes de la loi salique appellent *adhramire* cette manière solennelle de s'obliger par la *festuca* ou autrement. On a, il est vrai, contesté

et Justinien a essayé d'y mettre un terme par sa constitution 17, au titre *De fide instrumentum*, 4, 21.

(1) Sur la formation des contrats et sur le rôle des écrits dans le droit romain on pourra consulter : Gérardin, *Etude sur la solidarité*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. IX, année 1885, p. 139. — Stouff, *Etude sur la formation des contrats par l'écriture dans le droit des formules*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XI, année 1887, p. 249. — Mommsen, *Die pompeianischen Quittungstafeln*, dans l'*Hermès*, 1877, t. XII, p. 103. — Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, 1880, p. 44 et suiv. — Cf. Gneist, *Die formellen Vorträge der römischen Obligationenrechts*, Berlin, 1845. — Seuffert, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, Nördlingen, 1881. — Bruns, *Die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden*, dans les *Kleinere Schriften*, 1883, p. 109 et suiv.

(2) En ce sens, Richard Löning, *Der Vertragsbuch und seine Rechtsfolgen*, Strasbourg, 1876. — Thévenin, *Contribution à l'histoire du droit germanique*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. III, p. 323.

(3) En ce sens Bethmann Hollweg, *Civilprozess*, t. IV, p. 471. — Sohm, *Der Process der* lex salica (traduit en français par Thévenin). — Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français* dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. IV, p. 659 et V, p. 21. C'est aussi l'opinion que nous avons adoptée dans notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, p. 159 et suiv. où nous avons longuement exposé cette controverse.

cette interprétation et prétendu qu'*adhramire* signifie tirer à soi, invoquer. Mais, à notre avis, ce dernier sens rend les textes obscurs; il donne au mot *adhramire* une subtilité étrangère au langage de l'époque. Il serait extraordinaire qu'un législateur aussi primitif que celui de la loi salique se fût tout de suite élevé à la notion du contrat formé par le seul échange du consentement. L'histoire des législations prouve qu'elles subissent en cette matière une évolution à peu près semblable dans tous les pays: on commence par soumettre les contrats, comme les autres actes de la vie civile, à des solennités rigoureuses et formalistes, on confond volontiers la formation du contrat et sa preuve en justice. *Adhramire* signifiant s'obliger solennellement est à la fois plus net et plus primitif que *tirer à soi* (1). On retrouve dans des textes du moyen âge et de dates relativement récentes les mots *adramitio*, *arramir* encore pris dans le sens de déclaration solennelle (2).

La *festuca* remise et acceptée conclut le contrat. Ce fétu de paille peut d'ailleurs être remplacé par une autre chose sans valeur, telle qu'un gant, un bâton, un bout de drap, en un mot un gage, *vadium* (3).

On ne sait pas d'ailleurs d'une manière bien précise comment les contractants se servaient de la *festuca* ou fétu de paille. Suivant M. Thévenin (4), la *festuca* était toujours tenue à la main ou jetée, mais jamais transmise. La vérité est que les textes présentent beaucoup de confusion sur ce

(1) Nous avons en outre établi, dans notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, qu'il est difficile d'expliquer certains passages des jurisconsultes anglo-normands de l'époque classique, en particulier les altérations qu'ils se sont permises sur le droit romain en se l'appropriant, si l'on n'admet pas ce formalisme des lois babares et en particulier de la loi salique dans la théorie des contrats.

(2) Voy. par exemple Prost, *L'ordonnance des maiours, étude sur les institutions judiciaires à Metz du* XIII^e^ *au* XVII^e^ *siècle* dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1878, t. II, p. 210 à 219.

(3) Cf. Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*. On trouvera dans Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, p. 263, l'énumération des principaux symboles juridiques employés pour la formation des contrats, le transport de la propriété, etc.

(4) *Contribution à l'histoire du droit germanique*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1880, p. 72 et suiv.

point. Dans un passage de la *Lex romana utinensis*, on voit chacun des contractants prendre la *festuca* à terre et l'y rejeter (1). Il semble bien que la *festuca* était jetée à terre lorsqu'il s'agissait d'une renonciation; mais lorsqu'on voulait faire naître un droit au profit d'une personne, on lui lançait la *festuca* ou bien elle lui était remise; peut-être se contentait-on d'un jet dans la direction de celui qui devait devenir créancier ou propriétaire lorsque la *festuca* consistait dans un simple fétu de paille. Mais si l'on avait pris un bâton, alors tout naturellement, au lieu de le jeter, le débiteur le remettait de la main à la main à celui qui devait devenir son créancier (2).

S'engager ainsi au moyen de la *festuca*, c'était, comme le disent les lois salique et ripuaire, *fidem facere*, faire sa foi, obliger sa foi : la *festuca* symbolisait cette promesse (3). On a conjecturé que ces termes *fidem facere* avaient été empruntés aux Romains, qui employaient en effet fréquemment dans les stipulations le mot *fidejubere* (4). D'autres pensent que les lois franques, en parlant de *fidem facere*, traduisent une expression de la langue germanique qui n'est pas parvenue jusqu'à nous (5). Ce qui est certain, c'est que les termes *fidem facere* n'étaient pas usités parmi les jurisconsultes romains (6); peut-être cette expression était-elle employée par le vulgaire et alors les lois franques se seraient

(1) XXIV, 2, dans Canciani, t. IV, p. 509.

(2) Ces différentes particularités semblent bien résulter des textes suivants : Capitulaire apocryphe de Benedictus Levita, VI, 285. — Cartulaire de Nimes, n° 1. — Vaissète, *Histoire du Languedoc*, preuves, I, n° 109. — Loi salique, tit. XLVI, de l'affatomie et tit. L, § 3. — Edit de Chilpéric, chap. 6, Boretius, p. 8. — Voy. par analogie, *Leges Longobardorum*, *Cartularium* n° 16, dans Pertz, *Leges*, IV, p. 599.

(3) Loi salique, tit. L, 2; tit. LVI; tit. LVII, 2. — Edit de Chilpéric, chap. 7, Boretius, p. 9. — Loi des Ripuaires, tit. XXX, 1; tit. LVIII, 21; tit. LXV, 1; LXVII, 2. Ces textes font en général allusion à la *fides facta* qui était donnée en justice. Mais dans le titre L de la loi salique, il est aussi question de la *fides facta* judiciaire.

(4) Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, p. 222.

(5) Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 73.

(6) Voyez les différents emplois du mot *fides* par les jurisconsultes dans Heumann, *Handlexicon*, v° *fides*.

appropriées cette formule *fidem facere*. Parfois aussi les textes disent *adrhamire;* les deux expressions sont synonymes et signifient promettre solennellement (1) et non pas invoquer une preuve déterminée. Certains textes distinguent très nettement le fait d'invoquer une preuve et la promesse de fournir cette preuve, et ils emploient le mot *adrhamire* pour désigner cette promesse (2). Mais *fidem facere* et *adrhamire* ne désignent pas, comme l'a dit aussi à tort Löning, un engagement quelconque (3) : il s'agit d'une promesse solennelle, formaliste, faite au moyen de l'emploi de la *festuca*. Sans doute certains textes parlent de *fidem facere* sans mentionner la *festuca* ou réciproquement. Mais ils n'ont pas pour objet de nous faire connaître la manière de s'obliger solennellement. Toutefois d'autres textes présentent bien la *fides facta* et l'emploi de la *festuca* comme deux choses inséparables (4). D'ailleurs nous avons vu que la *festuca* est le mode solennel de transférer la propriété. N'est-il pas dès lors tout naturel qu'elle soit aussi le mode solennel de s'obliger? On sait que la mancipation a joué ce double rôle dans le droit primitif des Romains.

Cette première forme de contracter, au moyen de la *fides facta*, est indiquée par le titre L, § 1 de la loi salique; la seconde forme, la *res præstita*, est mentionnée dans le titre LII. Mais, après avoir exigé la tradition même de l'objet, de bonne heure on alla plus loin, et nous voyons dans les lois barbares autres que la loi salique et dans les formules franques, qu'on se contenta d'une prestation quelconque, même accessoire, relative au contrat, par exemple dans la

(1) Le mot *Adrhamire* se rencontre dans un grande nombre de textes. Voy. par exemple de Rozière, form. 472, 476, 479-483, 484 § 2, 486-488, 491 § 2, 492, 494-496, 502. — Pardessus, *Diplomata*, II, n° 418, p. 217.— Vaissète, *Histoire du Languedoc*, I, preuves, n° 5.

(2) Jugement de l'année 782, dans Vaissète, *Histoire du Languedoc*, t. I, preuves, n° 5. — Plaid de Clovis III de l'an 691, dans Pardessus, *Diplomata*, II, n° 418, p. 217. — Loi des Alamans, XXXVI, 3. — Glose du *liber Papiensis*, dans Pertz, *Leges*, IV, p. 491.

(3) Löning, *Der Vertragsbruch*, p. 6 et suiv.

(4) Plaid de l'an 693, Pertz, *Diplomata*, I, 66.

vente ou dans les fiançailles, du paiement des arrhes (1). On comprendra sans difficulté qu'avec un pareil système une action ne peut naître dans le droit germanique que d'un contrat unilatéral, c'est-à-dire produisant obligation pour une seule des parties. Les contrats bilatéraux, comme la vente, par exemple, ne donnent action qu'autant qu'une des parties a exécuté sa prestation ou qu'ils ont été convertis au moyen d'une véritable novation *ex fide facta.* Toutefois ce système perdit une grande partie de sa rigueur et de sa vérité à partir du jour où l'on admit qu'une prestation partielle quelconque suffirait pour la formation d'un contrat *re.* En outre, celui qui s'engageait d'une manière unilatérale, par exemple le donateur vis-à-vis du donataire, pouvait, s'il ne voulait pas livrer immédiatement ce qu'il avait promis, s'entendre avec l'autre partie, qui prenait un engagement réciproque sans importance et livrait ce qu'elle avait promis; de cette manière, le contrat se formait encore *re.* Ainsi, en retour d'une libéralité quelconque qu'il promet, le donateur se fait livrer par le donataire un objet sans valeur, par exemple une livre de poivre, une paire de bottes, un jambon. La donation prend ainsi, en apparence seulement, la forme d'un contrat onéreux, et elle devient parfaite *ex re præstita* (2). D'un autre côté, sous l'influence du droit romain, le système de formation des contrats s'élargit singulièrement.

C'est ici le lieu de nous arrêter à cette œuvre de fusion qui s'est opérée de bonne heure, sous l'influence des praticiens, entre le droit barbare et le droit romain. Cette œuvre de fusion a été d'ailleurs singulièrement facilitée par les ressemblances qui existaient sous ce rapport entre les deux législations. Les contrats *re* du droit romain font songer aux contrats *ex re præstita* du droit germanique. De même la *fides facta* présente une analogie avec la stipulation et le constitut des Romains. C'est la promesse verbale, formelle,

(1) Loi des Visigoths, III, 1, 3; V, 4, 4. — Loi des Bavarois, tit. XVI, 10. — Lois de Luitprand, chap. 30. — Grégoire de Tours, liv. IV, § 41 et liv. X, § 16.

(2) Voy. Thévenin, *op. cit.*, n° 163, p. 229 et p. 230 note 1.

unilatérale de payer à jour fixe. Comme la stipulation romaine, elle est un moule, une formule capable de s'adapter à tout; de même que la stipulation est parfaite *verbis*, de même la *fides facta* est complète aussitôt que la *festuca* a été donnée et reçue. L'établissement d'un terme est une condition essentielle de la *fides facta* comme du constitut romain, et ici le terme est inséré plutôt en faveur du créancier, en ce sens que le débiteur est de plein droit mis en demeure à son expiration. De même que la stipulation, la *fides facta* sert tantôt à nover une obligation préexistante, par exemple celle de payer un prix de vente; tantôt on l'emploie pour garantir la dette d'autrui. Cette forme de la *fides facta* suppose, comme la stipulation, qu'il n'y a de prestation à fournir que d'un seul côté, du côté du débiteur et non de celui du créancier. Les Barbares ont-ils été frappés de cette analogie, on peut en douter. Mais ce qui est certain, c'est qu'au contact des Gallo-Romains et surtout sous l'influence des praticiens, ils n'ont pas tardé à comprendre l'utilité de la stipulation et celle des *instrumenta* destinés à constater les principaux actes de la vie civile. Aussi la *fides facta* parait avoir pris de bonne heure une forme nouvelle qui, d'ailleurs, n'excluait pas l'usage des précédentes. On s'engageait verbalement par serment et il y avait une sorte de demande et de réponse. Dans cette seconde forme de la *fides facta*, la *festuca* disparaissait : elle était remplacée par un geste de la main. Deux esclaves s'étant mariés sans le consentement de leur maitre, celui-ci les réclama au prêtre, lequel refusa de les rendre à moins que le maître ne promit de respecter leur union. Grégoire de Tours nous apprend que le propriétaire prit aussitôt cet engagement dans la forme de la *fides facta*. Il posa ses mains sur l'autel, promit verbalement de ne jamais séparer les deux esclaves et en fit le serment (1). D'autres textes font également allusion à cette manière de

(1) Grégoire de Tours, liv. V, § 3 : « *Non enim poteris* (inquit) *eos accipere, nisi ut fidem facias de permanente eorum cunjunctione; similiter ut de omni pœna corporali liberi manéant repromittas. At ille... posuit manus suas super altare cum juramento, dicens : quia nunquam erunt a me separandi.* »

s'obliger solennellement (1). C'est aussi en cette forme que l'antrustion jurait fidélité au roi, le *vassus* au *senior* (2).

On emprunta surtout aux Romains l'usage de constater par écrit les contrats ou même les autres actes de la vie civile. Les Romains avaient eu soin, on s'en souvient, de très bonne heure, de relater par écrit la stipulation valablement formée. Cet écrit ou *cautio* était, dans la rigueur du droit, un moyen de preuve et non de formation du contrat. En pratique on en arriva à se borner à faire verbalement de simples pactes en stipulant une peine contre le débiteur qui le violerait; puis un écrit constatait la stipulation. Dans la rigueur du droit on admettait sans doute que la stipulation seule formait le contrat, aussi avait-on soin de mentionner la présence des parties (3); mais en fait, le contrat paraissait bien résulter de l'écrit constatant cette stipulation, d'autant plus qu'assez souvent on se dispensait de la faire : l'écrit indiquait qu'une stipulation était intervenue et cela suffisait pour qu'on en admît l'existence. Les Barbares, étrangers aux subtilités du droit romain, crurent tout naturellement que la *cautio* formait le contrat et ils reconnurent cette manière de s'obliger (4). N'était-ce pas ainsi que les Gallo-Romains comprenaient les choses? Les Francs rédigèrent leurs écrits comme avaient fait les Romains, y insérant des clauses pénales et la mention *stipulatione subnexa*. Les Barbares ont singulièrement élargi l'application du système des clauses pénales qu'ils avaient empruntées aux praticiens romains. On peut dire qu'aucun contrat, qu'aucun acte de la vie civile, affranchissement, testament, adoption, etc., ne se formait, sans qu'une clause pénale en garantît l'exécution (5). La peine

(1) *De gloria confessorum*, cap. 68. — Capit. de 782 dans Pertz, *Leges*, I, p. 43.

(2) Marculfe, liv. I, form. 18, Boretius, p. 55. — Capitulaire de 816, cap. 2, dans Pertz, *Leges*, I, p. 196, Zeumer, p. 269. — *Annales Laurisienses*, année 757, dans Pertz, *Scriptores*, I, 140. Rapprocher de ces textes ceux rapportés par Prost dans son étude sur *l'ordonnance des maiours*, déja citée.

(3) Voy. Paul, *Sentences*, V, 7, § 2; L. 134, § 2, *De verborum obligationibus*, 45, 1.

(4) Voy. Loi des Ripuaires, tit. L. — Rozière, form. 122.

(5) Il suffit pour s'en convaincre de lire les recueils de formules. Voy. Lõning, Appendice, p. 634 et suiv.

est stipulée pour le cas où l'un des contractants, ou ses héritiers (1), ou même une personne quelconque (2) contesterait la validité de l'acte ou du contrat; d'autres fois elle est due en cas de négligence, de retard ou d'inexécution (3). Le montant de la peine convenue varie suivant la volonté des contractants : parfois il est fixé au simple ou au double de la valeur de la chose, soit de la valeur actuelle, soit de la valeur future (4); d'autres fois les contractants fixent une somme au moment même de l'acte (5); d'autres fois encore ils se bornent à convenir d'une peine et en abandonnent la fixation au juge pour le cas où elle serait encourue (6). De nombreux textes menacent aussi de peines spirituelles (7). Le plus souvent la clause pénale doit profiter à l'autre contractant, mais assez souvent on y associe le fisc, probablement pour en assurer d'autant mieux le recouvrement (8). En Italie, les actes d'aliénation mentionnent la clause de mancipation, ceux de vente parlent de la stipulation *duplæ* qui cependant était, de droit, sous-enten-

(1) Thévenin, *op. cit.*, n° 16, p. 17; n° 23, p. 26; n° 26, p. 31; n° 37, p. 44; n° 41, p. 49; n° 52, p. 60; n° 53, p. 61; n° 54, p. 63; n° 55, p. 64; n° 59, p. 70; n° 72, p. 60; n° 73, p. 91; n° 108, p. 158; n° 118, p. 172; n° 132, p. 193; n° 135, p. 198; n° 147, p. 215.

(2) Thévenin, *op. cit.*, n° 1, p. 1; n° 4, p. 5; n° 8, p. 9; n° 10, p. 11; n° 12, p. 13; n° 13, p. 14; n° 15, p. 16; n° 18, p. 19; n° 19, p. 22; n° 21, p. 24; n° 22, p. 25; n° 27, p. 32; n° 33, p. 38; n° 40, p. 47; n° 42, p. 50; n° 57, p. 67; n° 58, p. 68; n° 75, p. 97; n° 87, p. 117; n° 105, p. 150; n° 117, p. 171; n° 144, p. 210.

(3) Thévenin, *op. cit.*, n° 7, p. 9; n° 28, p. 34; n° 108, p. 158; n° 112, p. 164; n° 138, p. 202; n° 140, p. 204; n° 142, p. 207.

(4) Thévenin, *op. cit.*, n° 1, p. 1; n° 4, p. 5; n° 7, p. 9; n° 18, p. 19; n° 28, p. 34; n° 52, p. 60; n° 55, p. 64; n° 57, p. 67; n° 58, p. 68; n° 59, p. 70; n° 72, p. 89; n° 87, p. 117; n° 95, p. 133.

(5) Thévenin, *op. cit.*, n° 10, p. 11; n° 13, p. 14; n° 15, p. 16; n° 16, p. 17; n° 22, p. 25; n° 23, p. 26; n° 26, p. 31; n° 41, p. 49; n° 42, p. 49; n° 48, p. 56; n° 50, p. 58; n° 52, p. 60; n° 54, p. 63; n° 105, p. 150; n° 108, p. 158; n° 118, p. 172; n° 132, p. 193; n° 135, p. 198; n° 136, p. 199; n° 141, p. 205; n° 167, p. 233; n° 177, p. 243; n° 178, p. 245; n° 179, p. 246.

(6) Thévenin, *op. cit.*, n° 8, p. 9; n° 175, p. 241.

(7) Thévenin, *op. cit.*, n° 9, p. 10; n° 18, p. 19; n° 27, p. 32; n° 54, p. 63; n° 75, p. 97; n° 76, p. 100; n° 81, p. 111; n° 126, p. 184; n° 132, p. 193; n° 144, p. 210; n° 149, p. 217; n° 168, p. 234.

(8) Thévenin, *op. cit.*, n° 12, p. 13; n° 19, p. 22; n° 21, p. 24; n° 27, p. 24; n° 33, p. 38; n° 40, p. 47; n° 53, p. 61.

due depuis l'époque classique (1). De même, dans les formules franques, la clause relative au renouvellement quinquennal des précaires a été empruntée au droit romain (2). Mais c'est surtout la mention *stipulatione subnexa* qui est devenue de style dans toutes les formules. Doit-on attribuer cet usage à l'insertion des textes de Paul déjà rapportés et qui parlent de cette stipulation dans la loi romaine des Visigoths ? Je suis bien plutôt porté à croire qu'on s'est borné à suivre l'usage des praticiens romains. Les formulaires en usage parmi les Gallo-Romains contenaient la mention *stipulatione subnexa*, laquelle a passé dans ceux de la période franque (3). Mais que signifie cette formule pour les nouveaux venus dans leurs rapports entre eux? On a beaucoup discuté sur cette question. A notre avis, la stipulation ne s'est pas introduite parmi les Francs, car il n'est pas permis de la confondre avec les paroles solennelles prononcées dans la *fides facta*. D'ailleurs les Romains, comme nous l'avons vu, ne recouraient plus, en fait, à la stipulation verbale et se bornaient à supposer, dans la rédaction de l'écrit, qu'elle avait eu lieu, mettant ainsi la fiction à la place de la réalité. Est-ce à dire, comme l'ont prétendu certains savants,

(1) Mais on sait que les praticiens gardent souvent dans leurs formules des mentions devenues tout à fait inutiles. Cela est vrai aujourd'hui comme autrefois.

(2) Voy. à cet égard Esmein, *Les baux de cinq ans du droit romain*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. X, année 1886, p. 1 et suiv.; Stouff, *Étude sur la formation des contrats par l'écriture*, dans la même revue, t. XI, année 1887, p. 249.

(3) Les formules parlent de *stipulatio adnixa* (Zeumer, p. 175, 176, 590), *connexa* (Zeumer, p. 172), *incerta* (Zeumer, p. 156 et 244), *interposita* (Zeumer, p. 267 à 272, 276, 277), *subnixa* ou *subnexa* (Zeumer, p. 13, 24, 74, 76, 77, 79 et suiv., 91, 106, 169, 172, 186, 208, 229, 272 et suiv., 280, 337, 338, 346, 354, 361, 386, 464, 476, 477, 482, 491, 540, 544, 546, 595), *supposita* (Zeumer, p. 541). La clause *cum stipulatione subnixa* se rencontre dans une demande adressée au défenseur de la cité pour obtenir un écrit destiné à remplacer un titre perdu ou détruit. Cpr. Pardessus, *Formule inédite*, dans la *Bibliothèque de l'école des chartes*, t, I, année 1839, p. 219. On trouvera dans Thévenin le relevé d'un grand nombre de textes où sont employées les formules suivantes : *stipulatione subnexa, stipulatione subnixa, stipulatione subnixum, stipulatione firmitatis connexa, stipulatione interposita, pro omni firmitate subnexa*, Voy. *op. cit.*, p. 261.

que dans les formulaires de notre époque, les mots *stipulatione subnexa* ont été employés par pure routine et sont devenus absolument vides de sens? Il est certain que, dans les formules de cette époque, il est parfois fait allusion à certaines institutions romaines tombées en désuétude ou mal comprises. Au xᵉ siècle, on parle encore de la loi Falcidie, mais pour retenir le quart dans les donations et dans les ventes (1). Toutefois il y a aussi des textes plus anciens qui ont conservé la notion exacte de la Falcidie (2). De même diverses formules font allusion à une loi Aquilia qui se serait rapportée à la stipulation aquilienne ; celle-ci est même quelquefois mentionnée (3). Il est hors de doute que cette indication a perdu tout sens sérieux; elle a été insérée par des praticiens qui avaient perdu la notion exacte des institutions romaines, à ce point de ne plus comprendre l'objet de la loi Falcidie et d'inventer une loi Aquilia qui n'avait jamais existé (4). Mais on aura remarqué que ces mentions inexactes sont très fugitives et se rencontrent fort rarement. Il en est tout autrement de la clause *stipulatione subnexa*. De plus, on constate à l'époque barbare l'existence de deux sortes d'écrits, les *notitiæ* et les chartes ; celles-ci contiennent presque toujours la clause de stipulation, tandis qu'elle ne figure jamais dans celles-là. La *notitia* aussi appelée *memoratorium* en Italie, *breve* chez les Francs et autres peuples barbares, rédigée sous la forme de relation d'un fait déjà accompli, correspond au *chirographum* des Romains; c'est un simple moyen de preuve (5). La charte, au contraire, *cartula*, *epistola*, *testamentum*, *scriptura*, indique un contrat ou

(1) Voy. ces textes dans Stouff, *Etude sur la formation des contrats par l'écriture*, p. 25, note 2.

(2) Cpr. Zeumer, p. 18, 19, 144, 477.

(3) Pardessus, *De la formule* cum stipulatione subnixa, dans la *Bibliothèque de l'école des chartes*, t. II, année 1840, p. 432. Cpr. Zeumer, p. 145 où il est parlé de la stipulation aquilienne dans la formule 17 de Tours relative à une donation entre mari et femme.

(4) La stipulation aquilienne avait été imaginée par le jurisconsulte de ce nom. Il y avait bien en droit romain une loi Aquilia. Mais on sait qu'elle avait un objet tout différent et se rapportait au *damnum injuria datum*.

(5) Voy. par exemple Deloche, *Cartulaire de l'abbaye de Beaulieu*, p. 163.

un acte d'aliénation qui s'accomplit actuellement au moment même et par l'effet de sa rédaction (1). N'est-il pas permis de conclure de là que les Barbares comprenaient la charte de la même manière que les Romains entendaient l'écrit destiné à tenir lieu de stipulation? De même que chez les Romains rien n'était définitivement terminé tant qu'on en restait à des pourparlers, à de simples pactes et jusqu'au moment de la stipulation constatée par l'écrit, de même chez les Barbares, le contrat, l'aliénation et d'une manière plus générale l'acte juridique, n'étaient réalisés que par la rédaction de la charte et précisément parmi eux la formule *stipulatio subnexa* avait pour objet de constater cette *firmatio*, c'est-à-dire cette perfection de l'acte que l'on voulait passer. L'opinion suivant laquelle dans les premiers temps les Francs auraient eu en vue, comme les Romains, un contrat par stipulation, a le tort de supposer que les Barbares ont subi l'influence de la science romaine et non celle de la pratique. Or c'est, à notre avis, le contraire qui est vrai. Les Francs ont compris la clause *stipulatione subnexa* comme l'entendaient les notaires romains : elle établissait la perfection du contrat. Aussi bien des formules confondent à la fois la charte et le contrat. Il est vrai que, dans certains actes, la mention de stipulation n'existe pas. Cela tient précisément à ce que les Barbares n'entendaient pas cette clause comme désignant une obligation verbale même par fiction. Elle signifiait pour eux que le contrat était parfait par la rédaction de l'écrit et cette interprétation n'ayant soulevé aucune difficulté, on a pu supprimer, par cela même, sans inconvénient, la clause *stipulatione subnexa* (2). Telle a été, selon nous, la véritable influence du droit romain sur les usages des

(1) Voy. par exemple Guérard, *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, p. 69 ; de Courson, *Cartulaire de Saint-Sauveur de Redon*, p. 12.

(2) Voy. une explication différente dans Stouff, *op. cit.*, p. 38. Voir en sens divers, Pardessus, *Loi salique*, p. 644 et suiv. — Löning, *op. cit.*, p. 535 et suiv. — Brunner, *Zur Geschichte des römischen und germanischen Urkunde*, p. 221 et suiv. — Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 18 et 19.

Francs. En réalité, comme on le voit, il s'est formé par ce procédé une législation nouvelle en ce qui concerne les contrats et la preuve par écrit et d'une nature telle, qu'elle convenait à la fois aux Romains et aux Francs. Aussi cessa-t-on de s'occuper en cette matière de la nationalité des parties (1).

Toutefois la remise de la *festuca* ayant disparu, les solennités destinées à la remplacer ne consistaient pas seulement dans la rédaction d'écrits. Elles étaient en réalité au nombre de trois : tantôt on rédigeait une charte, d'autres fois on s'engageait en présence de témoins, d'autres fois encore on contractait en justice. C'est ce qui résulte jusqu'à l'évidence d'un grand nombre de textes anglo-saxons (2). Nous possédons aussi beaucoup de textes francs qui parlent de ventes d'immeubles faites devant les *boni homines qui firmaverunt* (3). Les lois des Barbares du continent semblent bien assimiler la présence de témoins à la rédaction d'un écrit. Ce procédé s'explique facilement à une époque où la preuve du

(1) On rédigeait pour un contrat autant d'exemplaires qu'on voulait : dans l'usage, deux. Cpr. Pardessus, *Loi salique*, p. 639. Certains écrits portaient à raison de leur nature même des noms particuliers. Ainsi on appelait *cautiones* ceux qui constataient un engagement, par exemple la reconnaissance d'un *mutuum*. Cpr. Marculfe, liv. II, form. 25 à 27; Zeumer, p. 92. — Rozière, form. 369 et suiv., p. 464. — Les *vacuatoria* ou *evacuatoria* avaient plutôt le caractère de quittances. Cpr. Rozière, form. 378 et suiv. p. 469. On désignait sous le nom de *securitates* les écrits constatant un accord destiné à mettre une partie à l'abri de toute prétention de l'autre et relativement à un certain fait. Ces *securitates* se rencontraient surtout dans le droit criminel où elles constataient le paiement de la composition et par conséquent aussi l'accord intervenu entre les deux familles pour prévenir l'exercice du droit de vengeance. Mais cependant il existait aussi des *securitates* à propos d'affaires civiles et c'est en cette forme par exemple qu'on pouvait constater la reddition de comptes faite par un administrateur ou par un mandataire. Cpr. Marculfe, liv. II, form. 41; Zeumer, p. 100. — Bignon, form. 7 et 8; Zeumer, p. 230. — Sirmond, form. 39 et 42; Zeumer, p. 156 et 158. — Mabillon, form. 5, 6, 7, 26, 28, 41, 42, 43; Rozière, form. 381, p. 472.

(2) Voy. ce que j'ai dit à cet égard dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, p. 164.

(3) Voy. Thévenin, *op. cit.*, n° 30, p. 35; n° 47, p. 55; n° 52, p. 60; n° 53, p. 61; n° 69, p. 82; n° 79, p. 107; n° 81, p. 111; n° 87, p. 117; n° 94, p. 128; n° 105, p. 150; n° 117, p. 171; n° 118, p. 172; n° 148, p. 216; n° 158, p. 224.

contrat se confond avec sa formation (1). Quant à la formation des contrats en justice ou devant la curie municipale, de nombreuses formules nous en parlent, notamment pour le mandat (2). Pendant quelque temps, en effet, on continua à porter sur les registres publics les actes juridiques, comme au temps des Romains. C'est seulement peu à peu et d'une manière insensible que cette partie de l'organisation municipale disparut en se transformant. En Italie, les *curiales* devinrent des notaires; aussi les mots *tabellio* et *curialis* sont-ils synonymes dans les actes de Ravenne au IXe siècle (3).

Ces diverses manières de contracter ne s'excluaient pas nécessairement et parfois on en réunissait plusieurs, par exemple l'écrit et la tradition, les témoins et la tradition, l'écrit et les témoins; parfois même il y avait à la fois tradition réelle ou fictive, présence de témoins et rédaction d'un écrit. Par la réunion de ces moyens, on garantissait mieux l'existence et la preuve du contrat (4).

### § 22. — PRINCIPAUX CONTRATS DU DROIT FRANC.

Le système de la loi salique sur la formation des contrats s'appliquait sans difficulté à tous les contrats qui naissent nécessairement *re*, c'est-à-dire par la tradition de la chose, comme le prêt de consommation ou à usage, dont parle le titre LII de la loi salique, et le dépôt. Mais la simple promesse de traiter, non suivie de tradition, n'aurait pas été valable, à moins qu'on eût employé les formes de la *fides facta*.

Quant aux contrats qui naissaient à Rome du seul échange des consentements, la vente, le louage, la société, le mandat, ils ont nécessairement perdu ce caractère dans les lois barbares. La plupart des textes nous présentent la vente comme

(1) Cpr. Loi des Bavarois, XVI, 2, 16. — Rozière, form. 397.

(2) Rozière, form. 384 et suiv.

(3) Cpr. Brunner, *op. cit.*, p. 144. — Stouff, *op. cit.*, p. 23.

(4) Rozière, form. 273 et 286. — Loi des Visigoths, V, 4, 3 : « *Venditio facta per scripturam plenam habeat firmitatem. Cæterum si etiam scriptura facta non fuerit et datum pretium, præsentibus testibus conroboretur, et plenum habeat emptio robur.* »

un contrat qui se forme *re*. Aussi supposent-ils que la tradition de la chose ou le paiement du prix a eu lieu, ou bien encore qu'on a rédigé un écrit ou fait venir des témoins; autrement le contrat ne serait pas constitué. Le fait le plus fréquent, le fait normal, c'est le paiement du prix (1). Aussi en est-il parlé dans un grand nombre de chartes de vente (2). Après le paiement du prix, c'est la livraison de la chose que les formules indiquent le plus souvent comme mode de formation de la vente (3). D'ailleurs, il n'est pas nécessaire dans la vente que la chose principale ait été livrée; une prestation partielle suffit, notamment le paiement des arrhes qui jouent un rôle considérable à cette époque. On sait quelle controverse a soulevé le texte des Institutes de Justinien qui a pour objet de faire connaître les effets des arrhes. Dans les lois barbares, aucun doute n'est possible, la prestation des arrhes forme le contrat, les parties sont liées et celui qui les a reçues ne peut plus se dégager en les restituant (4). Mais ce paiement du prix, la livraison de la chose ou d'un accessoire ne sont nécessaires qu'autant que la vente est verbale; si elle est rédigée par écrit, celui-ci suffit pour former le contrat (5).

La plupart des chartes de vente contiennent presque toutes les mêmes mentions : indication de la chose vendue,

(1) Loi des Visigoths, V, 4, 3. — Loi des Bavarois, tit. XVI, chap. 2. — Loi des Ripuaires, tit. LXI, § 1. — Rozière, form. 267 et suiv.

(2) Thévenin, *op. cit.*, n° 4, p. 5; n° 19, p. 22; n° 22, p. 25; n° 29, p. 35; n° 31, p. 36; n° 33, p. 38; n° 45, p. 54; n° 69, p. 82; n° 79, p. 107; n° 81, p. 111; n° 87, p. 117; n° 105, p. 150; n° 117, n° 171; n° 118, p. 172; n° 158, p. 224.

(3) Voy. les formules de Rozière de la page 328 à la page 342. Les ventes d'esclaves portent ordinairement : que l'esclave a été livré et le prix payé, que l'esclave n'a pas de vices et que la clause pénale sera encourue par le vendeur si l'acheteur est évincé. Rozière, form. 290 et suiv., 346 à 352.

(4) Loi des Visigoths, V, 4, § 4.—Loi des Bavarois, tit. XVI, chap. 10.—La remise des arrhes rendait aussi, comme on l'a vu, les fiançailles obligatoires et à titre d'arrhes on donnait souvent un anneau ou un denier. Loi des Visigoths, III, 1, 3. — Lois de Luitprand, chap. 30. — Grégoire de Tours, liv. IV, § 41 et liv. X, § 16.

(5) C'est ce qu'établissent plusieurs textes. Voy. notamment loi des Visigoths, III, 1, 3. — Loi des Bavarois, tit. XVI, § 16.

fixation du prix, déclaration que l'acquéreur peut disposer librement de l'objet, mention de la tradition de la chose ou du paiement du prix, déclaration que l'écrit est dressé, pour donner plus de sûreté au contrat, etc. (1). Cependant parfois la vente contient des clauses spéciales; par exemple, il est convenu que l'acquéreur de l'immeuble ne pourra pas l'aliéner à des Romains ou à des Alamans (2). Plusieurs chartes parlent aussi de la clause de garantie due par le vendeur (3), et il arrive parfois au seigneur du vendeur de se porter garant contre toute éviction (4).

L'échange et la *datio in solutum* se forment aussi le plus souvent *re*, parfois par écrit. Nous possédons même un grand nombre de formules d'échange, ce qui prouve la fréquence de ce contrat à cette époque (5). Les formules de précaire sont aussi très nombreuses, tandis qu'il n'est pas, pour ainsi dire, parlé du louage; le précaire avait évidemment pris la place de ce dernier contrat (6). D'ailleurs, le précaire se formait, lui aussi, *re*, à défaut de *fides facta* ou d'écrit (7). On trouve en outre quelques exemples de baux à complant et de colonages partiaires (8).

Indépendamment de la vente et du louage, le droit romain connaissait encore deux autres contrats consensuels, la société et le mandat. Les textes de l'époque franque nous par-

(1) Voy. par exemple Marculfe, liv. II, form. 19 et suiv., Zeumer, p. 89. Rozière, form. 267 et suiv. — Form. de Merkel, 9, 10, 11.

(2) Thévenin, *op. cit.*, n° 87, p. 117.

(3) Thévenin, *op. cit.*, n° 49, p. 57; n° 52, p. 60; n° 94, p. 128; n° 105, p. 150; n° 118, p. 172; n° 158, p. 224.

(4) Thévenin, *op. cit.*, n° 153, p. 220.

(5) Rozière, form. 238 et suiv., p. 352 à 381.

(6) Rozière, form. 321 et suiv. p. 383 à 463.

(7) C'est à un précaire de ce genre que se rapporte le fameux titre *De re commendata* (titre LXXII) qui se trouve seulement dans le texte d'Hérold. Il est ainsi conçu : *Si quis alteri avicam (aviaticam) terram commendaverit, et ei noluerit reddere, si eum admallaverit et convinxerit, sol. XV culpabilis judicetur*. Löning a commenté ce texte avec une grande sagacité dans son ouvrage déjà cité; mais y a aussi mis beaucoup de conjectures. Il voit dans ce texte une concession précaire pour un temps limité et il prétend que le concédant, en agissant en restitution, n'invoque pas un droit réel, mais une convention obligatoire.

(8) Thévenin, *op. cit.*, n° 5, p. 6; n° 77, p. 105.

lent peu de la société. Ce contrat devait être très rare à une époque où les relations sociales se limitaient et où le commerce était tombé en pleine décadence (1). Grégoire de Tours nous donne cependant un exemple de société : des personnes se réunissaient en commun pour la ferme de certains impôts. Mais il ne nous est pas dit comment se formait ce contrat. Il est permis de conjecturer qu'il n'échappait pas au droit commun (2).

Pour le mandat, nous possédons des textes nombreux desquels il résulte bien que ce contrat a cessé d'être consensuel. Il se donne par écrit, plus spécialement par l'insinuation à la curie, dans les villes qui ont conservé une organisation municipale (3); d'autres fois le mandant transfère ses droits au mandataire (4). Certains textes nous parlent de mandats donnés *per festucam*. Cette forme semble avoir été surtout employée dans les mandats passés en justice (5). D'autres chartes font allusion à un mandat formé par l'offre et l'acceptation d'un gage et d'un gantelet (6). En général, ce sont des personnes faibles d'esprit ou de corps qui s'adressent à la curie pour demander un mandataire et alors le mandat est le plus souvent général : il porte pouvoir d'administrer tous les biens ou de représenter la partie dans tous les procès; quelquefois aussi il est spécial (7).

On trouve dans les chartes, dès le VI<sup>e</sup> siècle, une clause

(1) Le commerce parait avoir été en grande partie entre les mains des Juifs. Voy. Grégoire de Tours, liv. IV, § 12 et 35 ; liv. VI, § 5. Nous avons vu, en nous occupant de la condition des personnes, que fréquemment des chartes royales conféraient des privilèges aux marchands étrangers et en particulier aux Juifs qui venaient faire le commerce dans le royaume franc. Il semble bien que les Juifs se livraient surtout au commerce de l'argent; Grégoire de Tours nous apprend qu'ils avançaient parfois les impôts dus par les villes, à charge de leur payer des intérêts et de leur donner caution.

(2) Nous possédons une charte qui nous parle d'une véritable société formée pour le défrichement d'une terre. Thévenin, *op. cit.*, n° 69, p. 82.

(3) Rozière, form. 384 et 385.

(4) Rozière, form. 391.

(5) Rozière, form. 392. — *Diplomata*, II, n° 431, p. 229.

(6) Thévenin, *op. cit.*, n° 76, p, 100.

(7) Rozière, form. 384, p. 473; form. 394 et 395, p. 482; form. 396, p. 476; form. 399, p. 477, etc.

aux termes de laquelle le débiteur s'engage à s'acquitter de sa dette entre les mains du créancier ou bien de la personne à laquelle celui-ci aura remis le titre, *qui dederit hanc cautionem ad exigendum*. C'est là une véritable clause au porteur et elle était usitée non seulement dans les reconnaissances de dettes naissant de contrats, mais encore pour celles qui avaient d'autres causes, notamment à l'occasion du *vergeld*. En pareil cas le débiteur devait payer sa dette au porteur de la charte, à la seule condition que celui-ci pût prouver que cet écrit lui avait été remis volontairement par le créancier (1). Gardait-il ensuite cette somme ou la remettait-il au créancier? Tout dépendait naturellement de la convention intervenue entre eux; ce porteur de la charte pouvait être un mandataire ordinaire ou, comme auraient dit les jurisconsultes romains, un *procurator in rem suam*. On pouvait aussi stipuler au moment du contrat que le débiteur devrait s'acquitter entre les mains d'un tiers; mais lorsque cette clause n'existait pas, il était interdit au créancier de céder sa créance sans le consentement du débiteur (2).

Un autre mandat encore plus curieux que celui du porteur résultait du contrat passé avec un *salmann*. Ce personnage était chargé, dans les aliénations d'immeubles, d'opérer l'investiture de l'acquéreur, comme s'il avait été lui-même véritable et sérieux propriétaire. Le mandant le constituait *salmann* au moyen d'une première investiture et ensuite en sa qualité de propriétaire il investissait à son tour l'acquéreur véritable et définitif. En cette qualité, il était en son nom propre garant de la validité de l'aliénation. Le *salmann*

(1) Cpr. Brunner, *die Werthpapiere* dans le *Handbuch des deutschen Handels-, see- und Wechselrechts*, t. II, p. 186 et 196.

(2) Voy. à cet égard Mittermaier, dans la *Zeitschrift für Handelsrecht*, t. XIII, p. 198 et XX, p. 101. — Brunner, dans la même revue, t. XXII, p. 518, 522 et t. XXIII, p. 234. L'opinion suivant laquelle les créances auraient pu être transmises en droit germanique, sans le consentement du débiteur, est aujourd'hui généralement abandonnée, même par Stobbe, qui était cependant autrefois un de ses plus ardents défenseurs. Voy. Stobbe, *Deutsches Privatrecht*, III, p. 176. Cpr. Brunner, *Les titres au porteur français du moyen âge*, traduction parue dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. X, année 1886, p. 16.

était aussi employé pour représenter des personnes ou des corporations qui par elles-mêmes ne pouvaient pas acquérir directement des immeubles (1).

Les formules nous donnent d'assez nombreux exemples de transactions, notamment entre maîtres d'esclaves mariés sans leur consentement, ou entre habitants de *pagi* différents; mais elles nous montrent en même temps que ce contrat n'était soumis, quant à sa formation, à aucune règle spéciale (2).

Indépendamment des contrats principaux, il existait aussi des contrats ou même des actes accessoires destinés à en assurer l'exécution. Ainsi les clauses pénales empruntées par les Barbares au droit romain étaient pour ainsi dire devenues de droit commun : elles étaient insérées dans tous les contrats et devaient être payées par la partie (ou ses héritiers), qui en violerait la foi. Il suffit de se reporter aux recueils de formules parvenues jusqu'à nous pour se convaincre que tout contrat était accompagné de sa clause pénale (3). Il n'est pas étonnant que les Barbares aient fait cet emprunt aux Romains et en aient généralisé l'application. La clause pénale s'adaptait très bien au système des compositions. Aussi les Barbares l'appliquaient non seulement aux contrats, mais même dans les autres actes de la vie civile, toutes les fois qu'elle pouvait trouver place, en matière de divorce, d'adoption, d'affranchissement : la clause pénale était encourue par le maître (ou ses héritiers) s'il ne respectait pas l'affranchissement; par celui des époux qui ne tenait pas compte du divorce opéré (4).

D'autres fois une partie garantissait son engagement par un serment; Grégoire de Tours nous en donne plusieurs

(1) Cpr. Stobbe, *Ueber die Salmannen*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 1868, t. VII, p. 405 et suiv. — Lammer, *Das Recht der treuen Hand*, 1875, p. 3 et suiv.

(2) Rozière, form. 397 et suiv., p. 483. — Thévenin, *op. cit.*, n° 52, p. 60; n° 152, p. 219.

(3) Voy. notamment, Rozière, form. 113, p. 141; form. 115, p. 142. De même en matière de donation, voy. form. 160 et suiv., p. 209 et suiv.

(4) Voy. notamment, liv. VII, § 38.

exemples (1) et nous verrons dans la suite qu'au moyen âge cette manière de garantir sa personne s'est singulièrement généralisée. La garantie donnée par le débiteur consistait aussi souvent dans un gage ; nous constaterons, en nous occupant de la procédure, que ce moyen était fréquemment employé en justice (2).

Lorsque le créancier ne s'en rapportait pas au débiteur et à ses engagements accessoires, il pouvait exiger une caution ou, comme auraient dit les Romains, un fidéjusseur (3). Ce contrat de fidéjussion était essentiellement formaliste, comme cela résulte des textes du droit lombard et de ceux du droit franc. Dans le droit lombard, le débiteur principal remettait au créancier la *wadia* et s'engageait par cela même à lui fournir un fidéjusseur; lorsque ce fidéjusseur était présenté au créancier, celui-ci lui transmettait la *wadia* (4). Il semble bien que la fidéjussion se formait de la même manière dans le droit franc (5). Ce contrat intervenait surtout en justice pour garantir les obligations de l'un ou de l'autre des plaideurs; mais on a aussi d'assez nombreux exemples de fidéjusseurs extrajudiciaires (6).

Le contrat de fidéjussion, qui s'appellera au moyen âge la plégérie, était tout à fait conforme aux mœurs germaniques. La solidarité de famille n'établissait-elle pas déjà

(1) Voy. par exemple, pour la vente, Rozière, p. 329 et suiv.; pour le précaire, Rozière, p. 381 et suiv., etc., etc. Il y avait parfois encore d'autres sanctions d'une nature analogue. Ainsi dans le précaire on prévenait que si le précariste ne payait pas exactement sa redevance, elle serait portée au double. Rozière, form. 320, p. 382.

(2) Thévenin, *op. cit.*, n° 48, p. 56; n° 49, p. 57; n° 62, p. 75; n° 66, p. 79; n° 70, p. 84; n° 73, p. 91 ; n° 80, p. 108; n° 96, p. 135 ; n° 102, p. 145; n° 103, p. 147 ; n° 107, p. 155; n° 114, p. 167; n° 135, p. 198; n° 167, p. 233; n° 173, p. 239.

(3) Comparer, sur le fidéjusseur, ce qu'en dit Thévenin, dans ses *Etudes sur les institutions germaniques*, appendice I, p. 145.

(4) Lois de Rotharis, chap. 360, 361, 362, 366. — Lois de Luitprand, chap. 8, 15, 36 à 40, 61, 96, 128. — Lois de Rachis, chap. 5 et 8.

(5) Voy. notamment, Vaissète, *Histoire du Languedoc*, t. I, Preuves, n° 109. — Pardessus, *Diplomata*, II, n° 424. — Rozière, form. 465. — Voy. aussi loi des Bavarois, appendice IV.

(6) Voy. par exemple, lois de Rachis, chap. 8, où il est parlé d'une fidéjussion en matière de vente.

par elle-même dans certains cas, notamment pour le paiement de la composition, une sorte de fidéjussion? N'avons-nous pas vu que le débiteur insolvable pouvait, au moyen de la procédure de la *chrenecruda*, rejeter le paiement de la composition sur ses proches parents en leur abandonnant sa maison et son enclos? On a même prétendu que les fidéjusseurs de l'époque franque étaient presque toujours des parents ou des amis; cela est en effet probable, mais non prouvé. Ce qui est certain, c'est que la fidéjussion germanique était un contrat essentiellement personnel et très rigoureux. Ainsi l'obligation contractée par le fidéjusseur ne passait pas à ses héritiers. Lorsque plusieurs personnes s'étaient portées *fidejussores* de la même dette, chacune d'elles était tenue pour le tout et ne pouvait demander le bénéfice de division. Ce bénéfice était formellement repoussé par un certain nombre de textes du moyen âge qui semblent bien être la reproduction d'un principe fort ancien (1).

La fidéjussion germanique produisait des effets plus énergiques que le cautionnement dans notre droit actuel : vis-à-vis du créancier, le fidéjusseur devenait, à proprement parler, le débiteur principal, sans d'ailleurs que le débiteur véritable fût libéré. En réalité le créancier avait donc deux débiteurs et il avait le droit d'agir directement contre la caution sans être tenu de discuter au préalable les biens du débiteur originaire; la caution ne pouvait pas éviter l'action, même par une exception dilatoire, en soutenant que le débiteur était solvable (2). Dans les lois lombardes, le créancier pouvait à son choix agir directement contre le débiteur véritable ou le fidéjusseur (3). Mais d'après un capitulaire, lorsque le créancier agissait contre le débiteur véritable, le fidéjusseur était libéré ainsi que ses héritiers (4). Ce texte semble être toute-

(1) Beaumanoir, chap. 43, § 7. — Mortet, *Le livre des constitucions demenees et Chastelet de Paris*, p. 80. — *Coutume de Toulouse*, art. 76, éd. Tardif, p. 37. — Viollet, *Etablissements de Saint-Louis*, t. IV, p. 109.

(2) Lois de Rachis, chap. 8.

(3) Lois de Luitprand, chap. 188.

(4) *Capitulare incerti anni, datum in synodo cui interfuit Bonifacius apos-*

fois plutôt la copie d'une décision romaine que la reproduction du droit germanique : ce qui le prouve, c'est qu'il parle de la libération des héritiers du fidéjusseur par le fait du créancier d'agir contre le débiteur véritable. Or, d'après les principes du droit germanique, la fidéjussion était un contrat essentiellement personnel : elle ne se transmettait pas aux héritiers du fidéjusseur, mais s'éteignait par sa mort (1).

En autorisant ainsi le créancier à s'adresser directement au fidéjusseur, on facilitait son action, mais il ne faudrait pas en conclure que le débiteur véritable fût libéré vis-à-vis de ce créancier et que le fidéjusseur prît sa place. Le débiteur continuait à être tenu et la loi lui imposait même des obligations vis-à-vis du fidéjusseur sous peine d'encourir, au profit de celui-ci, une forte composition (2). Aussi, pour lui éviter ce danger, le droit lombard et la loi des Burgondes ordonnaient au créancier qui voulait agir contre le fidéjusseur de mettre au préalable le débiteur en demeure, par une triple interpellation (3). Ces mêmes lois permettaient au fidéjusseur d'exercer son recours, non seulement après avoir payé, mais même auparavant : le fidéjusseur avait le droit, si le créancier le menaçait, de s'emparer des biens meubles du débiteur pour les remettre en paiement au créancier et le débiteur aurait été puni s'il avait résisté à cette mainmise (4).

*tolicæ sedis legatus, circa annum Christi DCCXLIV*, c. 17, Baluze, p. 154). Ne se trouve pas dans Boretius.

(1) Loi des Burgondes, tit. LXXXII, § 2. — Capitulaire de 875, cap. 42, Pertz, *Leges*, I, 527.

(2) Loi des Burgondes, tit. XIX, § 8. — Lois de Luitprand, chap. 39. — Loi dite des Francs Chamaves, chap. 16. — Capitulaire de Paderborn de 875, cap. 27, dans Pertz, *Leges*, I, 50; Boretius, p. 70.

(3) Lois de Rachis, chap. 8.

(4) Lois de Luitprand, chap. 40. — Loi des Burgondes, tit. XIX, § 9. La loi des Burgondes semble même décider que si le débiteur est insolvable, il suffit au fidéjusseur, pour se libérer de son obligation, de le livrer en personne au créancier. Tit. XIX, § 7 : « *Si is qui fidejussorem dedit non habuerit unde solvat, ipsum fidejussor ad se absolvendum tradat, et a fidejussore aliud non requiratur.* » M. Stobbe, *Vertragsrecht*, p. 124, entend ce texte dans ce sens littéral, mais le considère comme consacrant une anomalie. Suivant d'autres il s'agit d'un cas particulier, celui d'un fidéjusseur qui a promis au créancier de faire venir son débiteur en justice et rien de plus; dans ces circonstances, s'il amène le débiteur, même de vive force, il remplit son obligation et il est dès lors entièrement libéré, car il n'a pas en outre promis de payer la dette.

Si le fidéjusseur était utile lorsqu'il garantissait un débiteur régulièrement engagé, par exemple *ex fide facta*, son rôle devenait encore plus important lorsque ce débiteur principal ne s'était pas régulièrement engagé vis-à-vis du créancier. En d'autres termes, il arrivait parfois qu'un débiteur, tout en ayant promis ou tout en étant tenu, ne se fût cependant pas engagé *ex re præstita* ou *ex fide facta*. Dans ces circonstances, le créancier n'avait pas action contre lui, mais en pratique, assez souvent un fidéjusseur intervenait et fournissait la *fides facta* aux lieu et place du débiteur principal. Telle a même été peut-être la forme la plus ancienne de la fidéjussion germanique. En pareil cas le fidéjusseur ressemble dans une certaine mesure à celui que nous appelons aujourd'hui un porte-fort. Il s'engage personnellement et civilement vis-à-vis du créancier, sans d'ailleurs libérer le débiteur, mais alors que celui-ci n'est pas tenu conformément à la loi. Les textes nous donnent d'assez nombreux exemples de débiteurs qui prient leurs fidéjusseurs de donner la *fides facta* en leurs lieu et place (1). On voit même parfois le débiteur principal, qui n'est pas régulièrement obligé, confirmer par sa *fides facta* le lien de ces fidéjusseurs (2). Il est tout naturel que dans ce cas surtout, où le fidéjusseur a rempli les formalités de la *fides facta* aux lieu et place du débiteur originaire, il soit directement tenu de l'action du créancier. Mais de son côté le débiteur originaire n'en doit pas moins lui éviter les ennuis d'un paiement et accomplir l'obligation ; s'il ne le fait pas et si le fidéjusseur est obligé d'acquitter la dette, le débiteur est tenu de l'indemniser du préjudice qu'il lui fait éprouver et la loi dite des Chamaves l'oblige même à payer le double (3).

Le créancier agissait contre le fidéjusseur aussi bien que contre le débiteur par voie de *pigneratio*. En d'autres ter-

(1) Edit de Chilpéric, chap. 7, Boretius, p. 9. — Loi dite des Chamaves, chap. 16.

(2) Capit. de 817, cap. 16, Pertz, *Leges*, I, 211.

(3) Loi dite des Chamaves, chap. 16.

mes, il s'emparait de son autorité privée, des biens meubles du débiteur, sous les conditions prescrites par la loi (notamment il fallait qu'il fût créancier *ex re præstita* ou *ex fide facta*), mais sans aucune intervention de l'autorité. Si le débiteur voulait recouvrer ses biens, il devait payer; mais, au bout d'un certain temps, il n'avait même plus ce droit et les biens restaient définitivement acquis au créancier qui en devenait propriétaire à titre de paiement. Le créancier ne vendait donc pas les biens pour se payer sur leur prix. Ce procédé était inconnu à l'époque barbare : on trouvait plus simple de donner directement les meubles en paiement et cela était tout naturel à une époque où l'argent étant relativement rare, les dettes s'acquittaient, même volontairement, sous forme de *datio in solutum*. Si le débiteur résistait à cette *pigneratio*, il commettait un délit; il en était de même du créancier qui saisissait sans en avoir le droit; dans l'un et l'autre cas, il y avait lieu à une action *ex delicto* et au paiement d'une composition outre le capital (1).

On trouve des exemples de cette saisie des biens, non seulement dans les textes de loi, mais même dans les chroniqueurs (2). Toutefois, lorsque le pouvoir royal eut réorganisé la société, on ne tarda pas à reconnaître que cette saisie directe et purement privée était trop brutale. Aussi les lois exigèrent-elles, sous des formes d'ailleurs diverses, l'intervention de la puissance publique. Ainsi, dans la loi salique, on voulut que le créancier obtînt l'autorisation du juge; peut-être même cette autorisation avait-elle toujours été nécessaire dans le droit salien (3). La plupart des autres lois barbares allèrent plus loin et elles exigèrent que le créancier obtînt un jugement et lui interdirent même d'exécuter ensuite sans l'assistance de la puissance publique (4).

(1) Loi des Burgondes, tit. XIX, § 30. — Lois de Rotharis, chap. 264. — Lois de Luitprand, chap. 41.

(2) Voy. par exemple, Grégoire de Tours, liv. IV, § 47.

(3) Voy. Sohm, *Procédure de la loi salique*, § 5 et suiv. On admet cependant généralement que cette intervention du juge n'était pas nécessaire dans la forme primitive de la *pigneratio*.

(4) Loi des Visigoths, V, 6, § 1. — Loi des Bavarois, tit. XIII, § 1. — Edit

Nous aurons occasion de revenir sur ces voies d'exécution. Il n'est pas nécessaire de parler non plus avec détail des garanties portant sur les biens; nous nous en sommes déjà expliqué à propos du régime de la propriété et nous aurons occasion de les retrouver dans la procédure.

Quant aux quasi contrats, ils ne sauraient soulever aucune question intéressante. Il est bien certain qu'il existait à cette époque des gestions d'affaires, des paiements indus, mais les textes s'en occupent peu et ce qu'ils en disent ne mérite pas d'être relevé. Il n'est pas non plus nécessaire de parler pour le moment des délits et quasi-délits. Nous aurons occasion de nous en occuper longuement à propos du droit pénal qui n'est à cette époque, dans une certaine mesure, et surtout à l'origine, qu'une partie du droit privé. Ce principe de l'existence d'une dette, en cas de dommage injustement causé, est formellement reconnu par de nombreux textes; il en est même un qui nous apprend qu'un débiteur ne pouvant réparer son dommage, s'est constitué serf, lui, sa femme et les enfants à naître à partir de leur servage (1).

de Théodoric, chap. 123. — Capitulaire *De partibus Saxonicæ*, cap. 25. — La *pigneratio* dans la loi lombarde a soulevé de nombreuses controverses qu'il n'est pas possible d'examiner ici. On se demande notamment si elle fut restreinte à celui qui s'était obligé *per wadia* ou si au contraire elle était admise pour toutes les créances. Voy. Nani, *Studi di diritto longobardo*, 2e étude, chap. 2.

(1) Thévenin, *op. cit.*, n° 171, p. 237.

## CHAPITRE VII.

## L'organisation judiciaire sous les Mérovingiens.

---

### § 23. — ORGANISATION JUDICIAIRE AU TEMPS DE LA LOI SALIQUE; LES JURIDICTIONS ET LES RACHIMBOURGS.

Pour bien comprendre le système judiciaire de l'époque franque avec ses transformations successives, il faut étudier séparément plusieurs périodes. La première est celle de la rédaction de la loi salique; elle s'étend jusqu'à l'époque de l'établissement définitif des Francs en Gaule sous Clovis; la seconde comprend les temps des rois Mérovingiens de la Gaule; la troisième correspond à la dynastie carolingienne.

Pendant la première période, la plus courte, mais non pas la moins intéressante au point de vue historique, l'organisation de la justice était fort simple : il n'existait qu'une seule classe de tribunaux ordinaires, un par centaine ou centurie, suivant l'ancienne coutume germanique. L'assemblée judiciaire de chaque centaine portait le nom de *mall*, *mallus;* ce terme lui était même propre et n'était jamais employé pour désigner les autres assemblées locales, ni la réunion générale de la tribu (1). Le terme *mallus* est souvent employé

(1) C'est ce que nous avons déjà montré dans notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, p. 189 et ce qu'admet aussi M. Fustel de Coulanges dans ses *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 374 et suiv. Ce mot *mallus, mall*, vient du haut allemand *mathljan* qui signifie le lieu où l'on parle; on a dit en latin *mallobergus*, de même qu'on a fait le mot *mallare, admallare*, pour désigner le fait d'appeler quelqu'un en justice. Cpr. loi salique, tit. I, § 1; tit. XVI, § 1; tit. XLIV, § 1; tit. XLVI, § 2; tit. L, § 2; tit. LI; tit. LIII, § 1; tit. LVI; tit. LVII, § 1, etc. La loi salique emploie aussi parfois le mot *placitum*. Voy. par exemple tit. XLV, § 2; tit. XLVII, § 1 et 2; tit. L, § 3; tit. LVI. Mais elle préfère en général le terme *mallus*. Dans la suite, au contraire, on se servira presque toujours du mot *placitum*. C'est

dans la loi salique, quelquefois dans celle des Ripuaires, mais les autres lois barbares ne connaissent pas cette expression, sauf exception pour celle des Alamans et celle des Bavarois. Les chroniqueurs de l'époque mérovingienne semblent aussi ignorer ce terme, bien qu'il se rencontre cependant fort souvent dans les formules des praticiens. Cette circonstance paraît bien établir que ce terme est purement judiciaire: s'il avait un sens vulgaire ou s'il était employé comme synonyme d'assemblée quelconque, les chroniqueurs ne manqueraient pas de s'en servir (1). *Mallare* ou *admallare* est aussi un terme de procédure: il signifie assigner devant le tribunal (2). Le mot *mallus* implique donc une idée de justice: il désigne le tribunal local ou même l'assise pendant laquelle ce tribunal juge les affaires (3). Le lieu où siège ce tribunal s'appelle *malberg* et dans la loi salique on distingue toujours soigneusement le *mallus* du *malberg*, c'est-à-dire le tribunal du lieu où il siège (4).

Le *mallus* ou tribunal de chaque centaine était présidé par le *tunginus* ou *centenarius* et tenu par les rachimbourgs. On a prétendu que, déjà à cette époque, les assises du *mallus* étaient ordinaires ou extraordinaires. Les premières se seraient tenues à des termes fixes, déterminés par la coutume: la loi salique parlerait de ces réunions judiciaires sous les noms divers de *mallus legitimus*, *mallus publicus*, *placitus legitimus* (5). Indépendamment de ces plaids ordinaires, il y

celui qui apparait dans les diplômes, dans les formules, dans les chroniques. Ce changement s'explique par l'influence de la langue latine qui s'était sensiblement développée.

(1) Le mot *mallus* se rencontre cependant au § 83 de la chronique de Frédégaire.

(2) Rozière, form. 260, 387, 389, 503, 504. — Loi salique, tit. XVI, § 1. — Loi des Alamans, tit. XXXVI, § 2; tit. XLII, § 1. — Capit. attribué à Clovis, cap. 12, Pertz, *Leges*, II, 4.—Edit de Chilpéric, cap. 7; Pertz, II, 10; Boretius, 9.

(3) M. Fustel de Coulanges dit : « Le jour où l'on juge » (*Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 378). Assise me parait mieux rendre le sens de *mallus*.

(4) C'est plus tard seulement que le mot *mallus* sera pris comme synonyme de *malberg*. — On s'est aussi appuyé sur ce dernier terme pour soutenir que la justice était rendue à ciel ouvert et de préférence sur un lieu élevé.

(5) Loi salique, tit. XIV, § 4; tit. XXIV, § 1; tit. XLVI; tit. L, § 4.

aurait eu des plaids extraordinaires ou, comme dit la loi salique, *malli ut tunginus aut centenarius indicant* (1). Ces derniers, comme on le voit, auraient été convoqués par le *tunginus* toutes les fois que certaines personnes auraient eu besoin de s'adresser à la justice, notamment pour passer des actes solennels. Les plaids extraordinaires auraient été en effet consacrés plutôt aux actes judiciaires qu'aux procès. La loi salique indique en effet trois cas dans lesquels cette intervention de la justice était exigée : le mariage de la veuve, l'institution d'héritier sous forme d'affatomie et la rupture des liens de parenté. Tous les hommes libres devaient venir au plaid ordinaire ; mais au plaid extraordinaire venaient seulement ceux qui avaient été convoqués par le centenier. Enfin le plaid ordinaire durait en général trois jours, tandis que le plaid extraordinaire avait une durée inderminée.

Telle est du moins la doctrine générale. Nous n'osons pas affirmer qu'elle soit inexacte, mais elle ne nous paraît pas solidement établie. Il est fort possible que la distinction des deux espèces de plaids ne soit pas faite par la loi salique et que le *mallus ut tunginus indicat* se confonde avec le *mallus publicus*. Ce qui nous semble certain, c'est que la distinction des affaires en contentieuses ou gracieuses, ne correspond pas à la division des plaids en ordinaires ou extraordinaires. En admettant que ceux-ci aient été le plus souvent consacrés à des actes solennels, il faut cependant bien reconnaitre que ces actes pouvaient aussi être passés *in mallo publico :* la loi salique le dit formellement dans son titre XLVI pour la seconde partie des formalités de l'affatomie et on admet généralement que le titre LX, où il est parlé du *mallus* dans lequel s'accomplit la rupture des liens de parenté, a aussi en vue un *mallus legitimus*. Nous ne savons rien de certain non plus sur la durée des plaids ; des textes cités par Sohm, il résulte qu'elle était ordinairement de trois jours, mais nous ne voyons pas que cette coutume ait été plutôt propre aux plaids ordinaires qu'aux plaids extraordinaires et il est

(1) Loi salique, tit. XLIV et XLVI.

bien évident que si trois jours ne suffisaient pas dans l'un ou l'autre de ces plaids pour expédier les affaires, l'assise était alors prolongée (1).

Nous ne savons pas à quelle époque se tenaient les assises ordinaires, et les solutions proposées, même les plus récentes, notamment celles de Waitz et de Sohm, sont de simples conjectures, Waitz veut que le *mallus legitimus* se soit tenu une fois par semaine; il se fonde sur ce que certains délais de procédures étaient de sept nuits (2). Mais Sohm a fait remarquer que ces délais concernent seulement certains actes de procédure extrajudiciaires; il propose de s'attacher au délai des ajournements, lequel était, comme nous le verrons, de quarante nuits; on obtient ainsi des sessions ordinaires de six semaines en six semaines, en tout sept à huit fois par an (3). Ce second procédé est aussi arbitraire que le premier et Thonissen a fort bien montré combien cette conjecture est puérile. Qui aurait aujourd'hui la singulière idée de s'attacher au délai d'ajournement du Code de procédure pour fixer les époques des audiences de nos tribunaux (4)?

Le *mallus*, seule juridiction ordinaire, était, en principe, compétent pour toutes les affaires, civiles ou criminelles. A sa tête nous voyons figurer le *tunginus aut centenarius*, expressions synonymes comme celle de *graphio vel comes* (5). Tout ce que nous savons de certain sur le *tunginus*, c'est qu'il convoquait et présidait le mall local (6). Il est établi

(1) Voy. en sens divers sur cette question Sohm, *Die altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung*, p. 68, 360, 390; Waitz, *Das alte Recht der salischen Franken*, p. 141 et *Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. II, p. 141; Beauchet, *Histoire de l'organisation judiciaire en France*, p. 15; Thonissen, *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique*, p. 380; Beaudouin, *La participation des hommes libres au jugement dans le droit franc*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XI, année 1887, p. 578, notes 1 et 2.

(2) Waitz, *Das alte Recht der salischen Franken*, p. 144.

(3) Sohm, *op. cit.*, p. 393.

(4) Thonissen, *op. cit.*, p. 42.

(5) Les mots *aut*, *vel*, servent, comme nous l'avons déjà plusieurs fois constaté, dans la basse latinité, à rapprocher des termes qui ont le même sens.

(6) Loi salique, tit. XLIV, § 1; XLVI, § 2; tit. L, § 2,; tit. LX, § 1.

aussi que le *tunginus* n'était pas un fonctionnaire royal. Ce qui le prouve, c'est que sa vie n'était pas protégée par la triple composition attachée au meurtre de tous ceux qui, ingénus ou affranchis, appartenaient à la suite du roi (1). On a conjecturé que le *tunginus* était élu par l'assemblée des hommes libres, probablement dans la réunion de la centaine et cette opinion se fonde avec quelque vraisemblance précisément sur ce que le *tunginus* n'était pas à cette époque un fonctionnaire royal (2). C'est seulement sous la période suivante que le *tunginus* prit ce caractère et fut nommé, suivant les uns par le roi, d'après d'autres par le comte. Ce dernier magistrat ne remplissait pas encore, à l'époque de la loi salique, le rôle qui lui fut dévolu plus tard dans l'administration de la justice. Ses attributions étaient surtout administratives ; à plus forte raison n'était-il pas juge d'appel du centenier et celui-ci ne dépendait-il pas de lui. Dans le texte de la loi salique, c'est toujours le *tunginus* qui apparait comme président du *mallus*. Sans doute le titre L nous présente le comte chargé d'assurer l'exécution d'une sentence avec l'assistance de certains rachimbourgs (3) ; mais cette mission est tout à fait différente de celle qui consiste à rendre la justice et il ne faut attacher aucune importance au fait de l'assistance de rachimbourgs, car nous aurons plus d'une fois l'occasion de constater l'intervention des *boni homines* en dehors de toute contestation.

Comme président du *mallus*, le *tunginus* dirigeait les dé-

(1) Loi salique, tit. XLVI, § 2.

(2) Voy. sur ce point Beaudouin, *La participation des hommes libres au jugement dans le droit franc*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, t. XI, p. 490.

(3) Lorsque le tribunal avait rendu le jugement, la partie qui avait succombé, devait prendre l'engagement solennel de l'exécuter, *fidem facere*. Si ensuite cette exécution n'avait pas lieu volontairement, le gagnant pouvait s'adresser au *graphio* qui faisait procéder aux mesures d'exécution. Enfin lorsque le perdant n'avait pas promis d'exécuter volontairement, soit qu'il eût refusé, soit qu'il eût fait défaut, le gagnant pouvait le citer devant le roi pour le faire mettre hors la loi. Nous nous bornons pour le moment à ces simples indications, car nous aurons occasion de revenir sur ces différents points. Cpr. Loi salique tit. L et LVI.

bats, faisait déposer les témoins, invitait les juges à délibérer et à voter, prononçait la sentence. Mais prenait-il lui-même part au jugement et votait-il avec les rachimbourgs? La négative est généralement admise. La loi salique nous montre toujours la justice rendue par les rachimbourgs qui doivent *legem dicere;* à propos du déni de justice, elle ne parle encore que des rachimbourgs, comme si seuls ils pouvaient commettre ce délit (1). Cette doctrine a cependant été récemment contestée. On fait remarquer que si la loi salique ne parle pas de la participation du *tunginus* au jugement, elle ne l'exclut pas non plus d'une manière précise; on ajoute qu'en Germanie le *princeps* jugeait avec les hommes libres et que sous la période des Mérovingiens, le *tunginus* devenu fonctionnaire royal, sera à la fois juge et président (2). Cette dernière considération serait très grave si l'on connaissait avec certitude le système des Germains et celui de la monarchie franque; s'il était établi que, sous ces deux périodes, le *tunginus* ou celui qui en tenait la place, jugeait et présidait à la fois; on pourrait ajouter que son rôle n'a certainement pas changé pendant le temps intermédiaire. Mais en réalité l'incertitude règne pour toutes ces époques et dès lors en cherchant pour l'une d'elles la solution dans une autre, on ne fait qu'appuyer conjecture sur conjecture.

Le tribunal du *mall* était composé des rachimbourgs ou hommes libres de la centaine, réunissant les conditions de capacité prescrites par l'usage et ces hommes libres, dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, portaient le nom de rachimbourgs. Ce terme ne se rencontre que dans les lois franques (3); il ne se trouve dans aucune autre loi barbare; les chroniqueurs ne l'emploient pas et on ne le rencontre dans les formules qu'à partir du VIII[e] siècle (4). Les auteurs

(1) Loi salique, tit. LVII.

(2) Cpr. Beaudouin, *op.* et *loc. cit.*, p. 494.

(3) Quatre fois dans la loi salique, trois fois dans celle des Ripuaires, une fois dans l'édit de Chilpéric.

(4) Il est cependant employé une fois dans les formules d'Anjou, Rozière, form. 493; Zeumer, p. 22. — Pour les formules postérieures, Voy. Zeumer,

des chroniques et les compilateurs des formules préfèrent les expressions *boni homines* (1), *boni viri*, *pagenses* (2), *vicini* (3), *cives* (4), *franci* (5), *seniores*, *venerabiles*, *magnifici viri* (6), *probi homines* (7). Il semble donc bien que le terme rachimbourg soit une expression judiciaire propre aux Francs. D'ailleurs il n'est pas facile d'en établir l'étymologie avec certitude (8).

Pour mieux saisir ces fonctions des rachimbourgs, recherchons avant tout dans quelles circonstances il en est question dans les lois salique et ripuaire. Le titre LX de la loi

p. 211, 213, 214, 237, 247, 251, 262, 362, 465, 598. Voy. aussi Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées*, n° 38, p. 45; n° 40, p. 47.

(1) Voy. par exemple Rozière, form. 465 et 491, § 2; ce sont les formules 31 et 32 de Tours.

(2) Rozière, form. 502; c'est la 13ᵉ formule de Bignon.

(3) Edit de Chilpéric, cap. 10, rapproché du cap. 8, Boretius, 10. Dans ce texte le mot *vicini* est, suivant certains auteurs, synonyme de rachimbourg. Cpr. Sohm, *La procédure de la* lex salica, trad. Thévenin, p. 134, note 1.

(4) On a soutenu que le mot *cives* dont parle Grégoire de Tours dans les aventures de Sichaire, est synonyme de rachimbourgs. Mais M. Fustel de Coulanges conteste énergiquement cette interprétation. Voy. Fustel de Coulanges, *Histoire des institutions*, p. 510 note 1; *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 497; *De l'analyse des textes historiques*, dans la *Revue des questions historiques*, année 1887, t. XLI, p. 1 et suiv. Cpr. p. 540. Ce dernier travail est une critique d'un article de M. Monod, *Les aventures de Sichaire*, dans la *Revue historique*, t. XXXI, p. 259, où le mot de *cives* est pris comme synonyme de rachimbourg. Nous reviendrons sur cette question.

(5) Form. 38 de Bignon.

(6) Voy. la table alphabétique de Zeumer à ces diverses mots. Cpr. Beaudouin, *La participation des hommes libres au jugement dans le droit franc*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, p. 586 et suiv., où les divers synonymes du mot rachimbourg sont indiqués avec soin et d'après une analyse attentive des textes.

(7) Thévenin, *op. cit.*, n° 32, p. 36. On y trouvera, p. 268, l'indication des différents textes publiés dans ce recueil et où ces expressions sont employées; mais on remarquera que la plupart de ces textes appartiennent à la période carolingienne.

(8) Voy. en sens divers sur cette étymologie : Waitz, *Das alte Recht der salischen Franken*, p. 391; Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 774; Müllenhof, à la suite de Waitz, *Das alte Recht*, p. 291 ; Kern, à la suite de l'éd. Hessels, § 240. Voy. aussi Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, trad. Guenoux, t. I, p. 168 ; Sohm, *Reichs- und Gerichtsverfassung*, p. 373; Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 423 et 424.

Les deux radicaux de ce mot peuvent être *recht*, droit, et *berghen*, *garden*, ou encore *ragin*, arrêt et *brugen*, garantir, ou encore *rek*, *rig*, grand, et *borg*, caution ou même *rath* qui correspond à notre mot conseil.

salique suppose qu'un débiteur obligé solennellement *ex fide facta* et actionné devant le *mallus legitimus*, refuse de payer; le créancier se rend alors auprès du comte, prononce la formule consacrée pour demander l'envoi en possession des biens du débiteur; le comte accompagné de sept rachimbourgs se transporte à la demeure du débiteur pour le sommer de payer et de choisir deux personnes qui détermineront avec les sept rachimbourgs la valeur des biens qu'il veut donner en paiement; s'il refuse de payer ou s'il est absent, alors les sept rachimbourgs font seuls l'estimation des biens dont le créancier est envoyé en possession (1). Le titre LVI suppose que le défendeur a fait défaut devant les rachimbourgs ou que les rachimbourgs ont rendu un jugement, mais le perdant ne veut pas l'exécuter, soit en payant la composition, soit en s'obligeant dans la forme de la *fides facta* et la loi permet alors au gagnant d'agir devant le tribunal du roi dont elle expose la procédure (2). Enfin le titre LVII est tout entier consacré aux rachimbourgs. Il suppose qu'ils ne veulent pas *legem dicere* ou qu'ils ont jugé contrairement à la loi et il permet de les poursuivre pour ce déni de justice ou pour faux jugement (3).

(1) Loi salique, tit. L :... *Tunc grafio collegat secum septem rachineburgius idoneos, et sic cum eos ad casa illius qui (fidem) fecit ambulet et dicat : « Qui ad præsens es, voluntatem tuam solve homine isto quod ei fidem fecisti; et elege tu duos quos volueris cum rachineburgius istos de quo solvere debeas adpreciare debeant hæc quæ debet secundum justum præcium satisfaciatis. » Quod si audire noluerit præsens aut absens, tum rachineburgii præcium quantum valuerit debitus quod debet hoc de furtuna sua illi tollant; et de ipsa secundum legem quæ debet duas partes cujus causa est, tertia parte grafio frito ad se recolligat, si tamen fritus jam ante de ipsa causa non fuit solutus.*

(2) Loi salique, tit. LVI : « *Si quis ad mallum venire contempserit, aut quod ei a rachineburgiis fuerit judicatum adimplere distulerit, si nec de compositione, nec hineo, nec de ulla legem fidem facere voluerit, tunc ad regis præsentia ipso manire debet.* »

(3) Loi salique, tit. LVII : — 1. *Si quis rachineburgii in mallobergo sedentes dum causam inter duos discutiunt et legem dicere noluerint debet ei dicere ab illo qui causa prosequitur. « Hic ego vos tancono ut legem dicatis secundum egem salegam. » Quod si ille dicere noluerint, septem de illos rachineburgios... malb.* schodo, *hoc est CXX dinarios, qui faciunt solidos III, ante solem collocatum culpabiles judicentur. — 2. Quod si nec legem dicere noluerint nec de ternos solidos fidem facerent, solem illis collocatum, DC dinarios, qui faciunt*

La loi des Ripuaires s'occupe aussi des rachimbourgs qui commettent un déni de justice; elle parle en outre d'un cas où un homme doit prêter serment devant le comte assisté de sept rachimbourgs (1). Nous nous en tenons pour le moment à ces textes. Lorsqu'on les complète par les formules ou par les passages des chroniqueurs, on risque de commettre de graves erreurs. L'autorité royale était en effet bien différente à l'époque de la loi salique de ce qu'elle devint sous le règne de Clovis et de ses successeurs, et le rôle des rachimbourgs s'est ressenti de ces changements à la suite desquels la royauté est devenue absolue et toute puissante. En séparant les deux époques, on parvient à expliquer tous les textes; en les réunissant, on constate des contradictions dont il est impossible de sortir. Ainsi la loi salique nous présente les rachimbourgs comme étant les seuls hommes chargés de rendre la justice; mais certains textes postérieurs attribuent aussi, de la façon la plus nette, la juridiction au comte et à d'autres fonctionnaires royaux. En réunissant ces textes au lieu de les séparer, on arrive à donner au comte, à l'époque de la loi salique, des pouvoirs judiciaires qui ne lui appartenaient certainement pas encore. Tous les textes dans lesquels le comte apparaît comme juge, sont postérieurs à la rédaction de la loi salique, et nous ne voyons dans cette loi aucun passage qui lui reconnaisse ou lui suppose le droit de rendre la justice. Sans doute sa qualité de fonctionnaire royal, protégée par un triple vergeld (2), et même de représentant du roi, le mettait souvent en rapport avec les tribunaux; ainsi il était chargé de veiller à ce que le fisc ne fût pas privé de la part des compositions attribuées au roi (*fredus*); il percevait cette part et l'exigeait des délinquants, sans tenir compte des transactions plus ou moins frauduleuses que ceux-ci

*solidos XV, culpabiles judicentur.* — 3. *Si vero illi rachineburgii sunt et non secundum legem judicaverint, his contra quem sen(ten)tiam dederint causa sua agat et potuerit adprobare quod non secundum legem judicassent, DC dinarios qui faciunt solidos XV, quisque illorum culpabilis judicetur.*

(1) Loi des Ripuaires, tit. XXXII, § 3 et tit. LV.

(2) Loi salique, tit. LIV, § 1.

pouvaient conclure avec les offensés ou leur famille (1); de même nous avons vu que le comte assisté de rachimbourgs présidait à la saisie des meubles du débiteur récalcitrant qui, après avoir promis solennellement, *ex fide facta*, le plus souvent en justice, d'acquitter une dette, presque toujours une composition, refusait ensuite de remplir son engagement (2).

Telles étaient les fonctions qui, à l'époque de la loi salique, mettaient le comte en rapport avec la justice; mais nulle part il n'est dit dans cette loi que ce magistrat jugeait les procès, qu'il présidait les rachimbourgs dans l'instruction des contestations; il n'est pas davantage question d'un tribunal spécial du comte, du *pagus*. Le silence absolu de la loi salique est décisif contre ceux qui ont soutenu l'opinion contraire (3).

Les vrais et seuls juges étaient donc les rachimbourgs présidés par le centenier. Ces rachimbourgs, il est vrai, étaient chargés de fonctions judiciaires assez diverses; ainsi nous venons de voir qu'ils assistaient le comte dans les saisies et y jouaient le rôle de commissaires-priseurs dans le vrai sens de ce mot. Mais leur principale attribution consistait à rendre la justice, à juger les procès, *legem dicere*. La loi salique n'établit aucune distinction entre les affaires civiles et les affaires criminelles (4), et à vrai dire, en effet, cette distinction n'existait pas avant la fondation de l'Empire franc. Encore moins est-il possible de prétendre que les rachimbourgs donnaient un simple avis (5). Le titre LVI de la loi

(1) Loi salique, tit. L, § 1; tit. LIII.—Sohm en a conclu que le comte avait le droit d'assister aux audiences des centaines pour assurer la perception des sommes dues au roi; mais c'est là une simple conjecture.

(2) Le débiteur était-il absent de son domicile au moment où le comte s'y présentait avec les rachimbourgs, ou refusait-il de nouveau d'acquitter sa dette, les rachimbourgs estimaient la valeur de ses meubles; la saisie était ensuite pratiquée sur ses biens d'après cette estimation; le créancier prenait pour lui une quantité égale à sa créance, estimée aux deux tiers de la saisie et le comte s'emparait de l'autre tiers à titre de *fredus*. Cf. loi salique, tit. L.

(3) A côté des comtes, la loi salique mentionne aussi les sages barons, mais il suffira d'en parler sous la période suivante.

(4) Voy. notamment tit. L. LVI et LVII.

(5) A qui donneraient-ils cet avis? Cela est difficile à comprendre. Au comte?

salique dit formellement que les rachimbourgs jugent, et son texte est assez général pour comprendre aussi bien les affaires civiles que les affaires criminelles (1). Cette observation s'applique aussi au titre suivant, où il est parlé des rachimbourgs qui commettent un déni de justice, *qui legem dicere noluerint*. Selon M. Fustel de Coulanges (2), *judicare*, *legem dicere*, ne signifie pas juger, appliquer la loi aux procès, mais seulement fixer le montant de la composition en matière criminelle. Il faut reconnaître que, si telle a été l'intention du législateur de la loi salique, il a employé des termes singulièrement obscurs et a dénaturé le sens ordinaire des mots. En outre, il y a lieu de restreindre aux affaires criminelles où il y a lieu à composition des textes qui sont tout à fait généraux et absolus dans leurs termes (3). Mais ce n'est pas tout, et même en admettant pour les besoins de la discussion que la *lex* signifie le chiffre légal de la composition, que *legem dicere* ce soit fixer le montant de la composition d'après la loi, on vient se heurter à de nouvelles difficultés. Et d'abord les rachimbourgs ne sont plus des juges, ni même des arbitres, car les arbitres statuent aussi sur les procès, mais de simples experts, chargés de fixer la valeur pécuniaire d'un crime, comme ils fixent la valeur pécuniaire des meubles saisis sur le débiteur. Leur mission est en réalité la même dans les deux cas et dès lors, dans les deux cas aussi, la loi salique devrait dire qu'ils sont chargés de *legem dicere*. Or cependant il n'en est rien et le titre L, qui parle de la prisée des biens par les rachimbourgs, évite soigneusement cette formule. On essaiera de se tirer d'embarras en

Mais alors il faut admettre que le comte est juge déjà au temps de la loi salique. Nous avons vu combien cette opinion est erronée.

(1) Loi salique, tit. LVI : « *Si quis quod ei rachineburgiis fuerit judicatum adimplere distulerit, si nec de compositione nec ineo de ulla lege fidem facere voluerit, tunc ad regis presentiam ipse manire debet. Et ibi 12 testes qui jurati dicant quob ibi fuerunt ibi rachineburgii judicaverunt ut aut ad ineo ambularet aut fidem de compositione faceret.* »

(2) Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 487.

(3) Voici en effet ce qu'on lit : *Si rationebugii in mallum resedentis, dum causas inter duos discutent, legem noluerint dicere debes eis dicere ab illo qui causa prosequitur*, etc.

disant que *lex* signifie composition, mais ici les objections deviennent encore plus pressantes. On ne comprend pas en effet que le nom de *lex* soit donné à une composition qui n'est pas fixée par la loi. Dans le système que nous combattons, on soutient en effet que le chiffre des compositions était variable et qu'il était déterminé pour chaque cas particulier par les *boni homines* (1). Que les parties aient pu à l'amiable établir un chiffre quelconque, on l'admettra sans difficulté. Mais un procès suppose au contraire qu'elles ne s'entendent pas et alors la loi intervient, elle fixe elle-même le montant de la composition. On sait que la loi salique et plusieurs autres lois germaniques ne sont pas le plus souvent autre chose que des tarifs de ces compositions. Que deviennent ces tarifs, quelle utilité peuvent-ils présenter si les rachimbourgs fixent eux-mêmes le montant de la composition? On peut bien soutenir, sans d'ailleurs donner de preuves sérieuses à l'appui, qu'avant la rédaction de la loi salique, les rachimbourgs jouissaient d'un pouvoir absolu pour la fixation du montant de la composition; mais alors il faut bien reconnaître qu'en rédigeant cette loi, on s'est entre autres choses, proposé de supprimer cet usage qui devait en effet rendre la justice très arbitraire. Au lieu de laisser aux rachimbourgs le pouvoir de déterminer le montant de la composition, la loi salique l'a fixé elle-même; on ne peut donc pas prétendre que dans cette loi *dicere legem* signifie fixer la composition, puisqu'on s'est précisément proposé d'enlever ce pouvoir aux rachimbourgs, en supposant qu'il leur ait été reconnu auparavant.

En résumé donc, les rachimbourgs jugeaient les contestations. On ne voit pas d'autres juges dans la loi salique et tel est le sens naturel des mots *judicare*, *legem dicere*. Ils n'étaient pas chargés de fixer le montant de la composition par la raison que ce montant était déterminé par la loi elle-même, encore moins se bornaient-ils à donner des avis, car la

(1) Voy. Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 486.

loi punit en termes généraux le déni de justice des rachimbourgs et le refus de formuler un avis ne saurait constituer ce délit. Peut-on même dire qu'il y ait déni de justice lorsqu'on ne fixe pas le montant de la composition, alors surtout qu'il existe un tarif légal? Enfin la loi salique (1) parle aussi de rachimbourgs qui ont mal jugé, c'est-à-dire mal appliqué la loi. Dans tous les pays et à toutes les époques, car cela est de la nature même des choses, lorsque le juge détermine le montant d'un dommage, il statue en fait et on ne peut pas dire qu'il ait mal jugé au point de vue du droit. On ne voit donc pas non plus comment les rachimbourgs auraient pu être accusés d'avoir *mal jugé* s'ils avaient été seulement chargés de déterminer le montant pécuniaire de la composition.

Le système qui voit dans les rachimbourgs des experts ou des arbitres de la composition pour les affaires criminelles, se heurte à une dernière difficulté : les rachimbourgs ne pouvant avoir ce rôle dans les procès civils, il faut chercher quelle peut bien être alors leur mission. On propose de leur donner les attributions des assesseurs des magistrats romains (2). Il y aurait ainsi sous ce rapport une certaine analogie entre les institutions judiciaires des Romains et celles des Barbares. Mais on doit alors reconnaître, tout au moins pour la période qui précède l'établissement définitif des Francs, que cette ressemblance est purement fortuite, car les rachimbourgs sont certainement d'origine germanique. Toutefois les textes de la loi salique et d'autres postérieurs repoussent cette interprétation. Ils établissent que les rachimbourgs jugent toutes les affaires, civiles ou criminelles, celles des Romains comme celles des Francs (3).

Ce point bien établi, il importe de s'entendre sur la ma-

(1) Tit. LVII.

(2) Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 427. M. Dareste accepte cette explication dans le *Journal des savants*, année 1886, p. 725.

(3) Nous avons déjà cité les textes de la loi salique. Ajoutez les formules 459, 460, 464, 466, 468, 470, 481, 482, 491, 499 de Rozière. On y verra que les rachimbourgs sont juges de toutes sortes d'affaires.

nière de juger de ce temps : *legem dicere* signifie juger en droit et suivant le formalisme légal ou coutumier. Les rachimbourgs n'étaient pas en effet, comme on l'a cru souvent à tort, des juges d'équité; ils devaient avant tout rechercher par quels moyens de preuve les plaideurs seraient admis à établir leurs prétentions. Ces preuves étaient tout à fait formalistes; le résultat du procès dépendait de la manière dont elles avaient été administrées et nullement de la conviction des juges. Une fois la preuve faite conformément à la loi, ces juges devaient condamner ou absoudre suivant les circonstances et, s'il y avait lieu, faire connaitre la composition imposée par la loi. Ils ne fixaient pas, comme on l'a déjà dit, le montant de cette composition, car cette détermination était déjà faite par la loi elle-même; mais ils décidaient quelle était, parmi les différentes compositions, celle qui devait directement s'appliquer au fait du procès. Voilà en quel sens les rachimbourgs devaient juger, *legem dicere*. Nous en aurons la preuve plus directe et plus complète encore lorsque nous nous occuperons de la procédure de ce temps et de son formalisme et nous aurons même occasion de constater que ce système était si conforme à l'esprit des institutions primitives, qu'il persista avec une rare énergie pendant plusieurs siècles; sous la période carolingienne, les *scabini* continuèrent à juger de cette manière (1). Il y a plus encore : ce système de procédure s'est perpétué jusqu'en plein moyen âge en Allemagne; on le constate aussi à Metz où la procédure est cependant déjà française; le rôle du maire y est bien différent de celui des échevins; l'un dirige la procédure, les autres jugent (2). On voit qu'en réalité, à notre époque,

(1) Voy. par exemple *Cartulaire de Nîmes*, p. 3 et 10; *Cartulaire de Saint Victor de Marseille*, t. I, p. 33 et 43. Cpr. Flach, *Les origines de l'ancienne France*, p. 230.

(2) Voy. à cet égard Prost, *L'ordonnance des Maiours, étude sur les institutions judiciaires à Metz du XIII^e au XVII^e siècle*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1878, t. II, p. 190 et surtout p. 208 et suiv. Le mode d'assignation, la procédure à l'audience, la forme et les effets du défaut, etc., tout prouve que cette procédure, usitée à Metz, remontait à une très haute antiquité.

juger une affaire, c'était bien moins la trancher en fait selon l'équité, que dire le droit; le véritable rôle des rachimbourgs était de fixer la preuve et d'appliquer, en matière criminelle, le tarif de la loi salique; en matière civile, les rachimbourgs recherchaient de quel côté était le droit et ils condamnaient aussi souvent à certaines amendes.

En principe tous les hommes libres pouvaient être rachimbourgs, mais cependant sous certaines conditions qui ne sont pas toujours nettement déterminées par la loi salique, ni même par les formules de l'époque suivante. Ce qui est certain, c'est qu'il ne faut pas confondre les rachimbourgs avec le public qui assistait aux audiences. De nombreux textes nous montrent les affaires instruites et jugées en public, *coram omnibus* (1). Il est dès lors nécessaire d'admettre que tout homme libre avait le droit d'assister au plaid. Mais était-ce aussi pour lui une obligation? Les textes sont muets sur cette question pour notre période. Il est probable qu'elle ne s'était pas présentée; c'est seulement dans la suite, lorsque les hommes libres perdirent l'habitude de venir en masse au plaid, qu'il fut nécessaire de leur rappeler cette obligation. Quant aux rachimbourgs, ils étaient certainement pris parmi ces hommes libres et la loi salique se borne à nous dire qu'ils devaient être *idonei*, c'est-à-dire parfaitement solvables (2).

La loi salique n'emploie jamais les termes *boni homines* pour désigner les rachimbourgs. C'est seulement dans la suite que ces deux termes furent considérés comme synonymes et employés l'un pour l'autre ou même cumulativement. Les formules marquèrent même une certaine préférence pour les mots *boni homines* qui existaient déjà dans la langue latine (3). De plus, ils avaient l'avantage d'indiquer la

(1) *Vita sancti Amandi*, 12, Bouquet, III, 533. — Grégoire de Tours, liv. XI, § 8. — Loi salique, tit. XLVI, § 2. — Voy. encore d'autres textes cités par Sickel, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stifung*, t. VI, p. 19 et 20.

(2) Loi salique, tit. L, § 3.

(3) Voy. par exemple les formules de Rozière, 456 à 511 et notamment les

notabilité de celui qui remplissait les fonctions de rachimbourgs. Mais il ne faudrait pas croire que le législateur de la loi salique ne se soit pas préoccupé de cette condition, car la parfaite solvabilité et la notabilité forment deux qualités qui se confondent le plus souvent. Ce qui est vrai, c'est qu'on attacha peut-être plus d'importance à la notabilité après la fondation de l'Empire franc; mais c'était là plutôt une circonstance de fait qu'une condition de droit. A cette époque, comme au temps de la loi salique, le seul qui nous occupe en ce moment, tout homme de pleine liberté avait le droit de prendre part à la justice, en qualité de rachimbourg, pourvu qu'il fût d'une solvabilité notoire. Mais on se tromperait singulièrement si l'on voulait conclure de là que le plaid était tenu par tous les hommes libres de la centaine et que tous ceux qui assistaient à l'affaire avec le public, prenaient part au jugement. De ce que tous les hommes libres et solvables de la localité avaient l'aptitude à remplir les fonctions de rachimbourg, on ne saurait sérieusement conclure qu'ils étaient tous rachimbourgs dans les affaires qui se jugeaient en leur présence. De nos jours tous les citoyens peuvent être jurés sous certaines conditions et cependant personne ne songerait à dire que tous les citoyens qui assistent à une affaire en cour d'assises, jouent le rôle de juré. Aussi rachimbourg n'est-il pas synonyme d'homme libre, comme on l'a dit à tort. Les hommes libres et solvables ne prenaient ce titre de rachimbourg que dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires; de même aujourd'hui un citoyen ne s'appelle juré qu'autant qu'il fait partie de la cour d'assises. On était rachimbourg pour une affaire et on perdait ensuite cette qualité, une fois le procès jugé. D'ailleurs le mot rachimbourg semble être plus large que celui de juge; il désigne l'homme libre remplissant une fonction judiciaire, soit que le rachimbourg prenne part à une sentence, soit qu'il participe à des actes de procédure gracieuse ou contentieuse. Suivant

nos 458, 459, 462, 471, 492, 493, 498. Les termes *boni homines* et *rachimburgi* sont réunis dans les formules de Rozière, 481 et 499.

M. Fustel de Coulanges (1), le mot rachimbourg était peut-être dans la langue du temps un simple adjectif faisant l'office d'épithète honorifique, comme les mots *bonus*, *idoneus*, *magnificus* qui prennent souvent sa place. Cette explication est très plausible; ce qui nous parait acquis, c'est que les rachimbourgs n'étaient pas des fonctionnaires publics revêtus d'une autorité permanente. Aussi ne figurent-ils pas dans les listes de fonctionnaires ni dans les tarifs de composition. On n'appelait pas un homme rachimbourg, pas plus qu'on ne l'appellerait aujourd'hui juré.

Il semble que, pour le choix et le nombre des rachimbourgs, rien n'ait été déterminé par la loi : tout était abandonné aux usages de la pratique. Sur un point cependant, les lois s'expliquent; elles fixent le nombre minimum des rachimbourgs qui doivent assister à une affaire ou à un acte judiciaire. Ainsi il paraît bien résulter du titre LVII de la loi salique qu'il fallait chez les Francs la présence de sept rachimbourgs au moins pour constituer valablement le tribunal. Ce texte prévoit le cas où les rachimbourg présents refusent de juger; il permet au plaideur de prendre à partie sept d'entre eux pour déni de justice; ces sept rachimbourgs refusent-ils de juger, ils encourent, par ce seul fait, une amende de trois sous d'or; s'ils persistent dans leur refus et que le soleil se couche sans qu'ils aient jugé ou pris l'engagement de payer l'amende de trois sous, ils encourent une amende de quinze sous. Il ne résulte pas de ce texte, comme on l'a dit à tort (2), que les rachimbourgs siégeaient au nombre fixe et invariable de sept; il établit même le contraire, puisqu'il suppose un nombre quelconque de rachimbourgs présents et permet à la partie d'en choisir sept pour les sommer de juger. Mais ce nombre de sept prouve que tel était

(1) *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 432.

(2) Rogge, *Ueber das Gerichtswesen der Germanen*, p. 73. — Warnkönig, *Französische Reichs- und Staatsgeschichte*, t. I, p. 151.— M. Beauchet se prononce aussi pour l'opinion suivant laquelle les rachimbourgs auraient jugé au nombre fixe et invariable de sept. Voy. *Histoire de l'organisation judiciaire en France*, t. I, p. 28.

le minimum des membres nécessaire pour constituer ce tribunal (1). Cette loi montre aussi que, tout au moins dans les procès, les rachimbourgs étaient peut-être choisis parmi les hommes libres présents par les plaideurs eux-mêmes et non par le *tunginus*, encore moins par le comte (2). D'ailleurs ces fonctions de rachimbourg ne devaient pas être très recherchées à cause de la grave responsabilité qu'elles faisaient encourir. Les dispositions de la loi salique ou des autres lois relatives au minimum de rachimbourgs nécessaires pour une affaire ou un acte solennel et aux peines édictées contre les rachimbourgs qui refusent la justice, prouvent bien que leurs fonctions n'étaient pas fort enviées. Aussi le nombre des rachimbourgs jugeant une affaire devait être relativement restreint. La loi se borne d'ailleurs à fixer un minimum; les parties auraient donc pu choisir, si elles l'avaient pu et voulu, un grand nombre de rachimbourgs, tous les hommes libres de la centurie réunissant les conditions prescrites par la loi. Mais on commet, comme nous l'avons dit, une étrange méprise lorsqu'on croit que tous exerçaient ces fonctions par

(1) D'autres textes parlent encore de sept rachimbourgs, mais à propos de saisie et non à l'occasion d'un procès. Aussi ne prouvent-ils rien pour notre question. Voy. Loi salique, tit. I, § 3; loi des Ripuaires, tit. XXXII, § 4; édit de Chilpéric, cap. 8, Boretius, 9.

(2) Voy. cependant Fustel de Coulanges, *Recherches*, p. 433 et 434 : « Ce qui nous parait le plus vrai, c'est qu'il n'y avait sur ce point ni loi ni règle fixe. Le choix de ces hommes était indéterminé et indécis. Il était, en quelque sorte, abandonné aux circonstances. Quand le comte faisait sa tournée judiciaire, tenait son *mallus*, il fallait qu'il fût entouré de quelques personnages. Les notables du pays, les plus aisés, les plus expérimentés venaient se ranger autour de lui. Venaient ceux que les parties intéressées pouvaient avoir engagés d'avance à se trouver au jugement. Venaient enfin, très vraisemblablement, tous les petits praticiens du lieu; cette sorte d'hommes fut nombreuse dans cette époque très processive; ils suivaient volontiers tous les jugements pour acquérir de l'expérience ou de l'influence. Tous ces hommes pouvaient être rachimbourgs, tantôt un jour tantôt un autre. Rien n'était plus variable que la composition de cette assemblée. » Suivant certains auteurs, les rachimbourgs étaient choisis par le comte. Voy. par exemple Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, t. I, p. 403; Rogge, *Ueber das Gerichtswesen der Germanen*, p. 73. D'autres veulent que le choix appartînt tantôt au demandeur, tantôt au défendeur et telle est notamment l'opinion de Siegel, *Geschichte des deutschen Gerischtsverfahren*, p. 107. Enfin Sohm (*Process der* lex salica, p. 154) accorde toujours le choix au demandeur seul.

cela seul qu'ils étaient présents à l'affaire. Ils avaient sans doute l'aptitude à ces fonctions, mais cela ne suffisait pas et il fallait encore qu'ils fussent choisis par les parties.

Certains auteurs ont pensé qu'ils étaient désignés par le comte. Cela est vrai s'il s'agit d'actes d'exécution de la compétence du comte et pour lesquels la présence de rachimbourgs est nécessaire. Mais la loi salique ne dit pas que dans les procès les rachimbourgs étaient choisis par le comte et cette solution devient manifestement erronée si l'on admet avec nous que pendant notre période le comte ne prenait aucune part au jugement des procès. Il était surtout chargé des mesures d'exécution, et le titre L de la loi salique nous dit bien que pour le cas où le comte saisit les biens d'un débiteur récalcitrant, il doit choisir sept rachimbourgs chargés de la prisée des meubles; mais c'est là un cas tout spécial et qu'on ne saurait généraliser. D'ailleurs ce texte même nous montre que si le débiteur veut prendre part à la procédure, il a le droit de désigner lui-même deux rachimbourgs.

On a aussi prétendu qu'il existait deux classes de rachimbourgs dans le mall; les uns auraient jugé et les autres auraient assisté à l'affaire ainsi qu'au jugement, avec le droit de faire connaître leur assentiment ou leur dissentiment. Ceux qui ont proposé cette distinction se sont fondés sur ce que les textes de la loi salique parlent, tantôt de *rachimburgii in mallo sedentes*, tantôt de *rachimburgii adstantes*. Mais on est aujourd'hui d'accord pour reconnaître que ces termes sont synonymes et il n'est pas nécessaire d'insister longtemps pour montrer quelle confusion aurait été produite par un pareil système.

Le mall, seule juridiction ordinaire, était, en principe, compétent pour toutes les affaires, civiles ou criminelles, qu'il s'agit de Romains ou de Francs. Aussi les rachimbourgs pouvaient-ils être pris indistinctement dans ces deux nationalités. Aucun texte ne nous dit que la qualité de Franc ait été nécessaire pour juger; un Romain pouvait donc être appelé à ces fonctions. Mais il paraît bien que les hommes de

demi-liberté, quelle que fût leur nationalité, en étaient exclus.

Le jugement une fois rendu, la partie qui avait succombé devait prendre l'engagement solennel de l'exécuter. Si ensuite cette exécution n'avait pas lieu volontairement, le gagnant pouvait s'adresser au *graphio*, qui faisait procéder aux mesures d'exécution forcée. Enfin, lorsque le perdant n'avait pas promis d'exécuter volontairement, soit qu'il eût refusé, soit qu'il eût fait défaut, le gagnant pouvait, comme nous l'avons déjà vu incidemment, le citer devant le roi pour le faire mettre hors la loi; ses biens étaient confisqués et chacun avait le droit de le tuer (1).

La loi salique ne parle pas directement du tribunal du roi ni de l'assemblée de la nation comme cours de justice. Il est certain qu'avant l'établissement des Francs dans l'Empire romain, on ne connaissait pas cette juridiction importante du roi, qui constitua plus tard le *placitum palatii*. Le roi était, avant tout, le protecteur de la paix publique. C'était à lui ou à ses représentants qu'on payait la part de la composition (*fredus*) représentant la réparation du trouble apporté à la paix. Comme tel il exerçait bien certainement une juridiction. Il jugeait même d'autres affaires, mais il ne semble pas que sa compétence ait été rigoureusement déterminée, et dans tous les cas elle était loin d'avoir pris l'extension qu'elle reçut sous les premiers Mérovingiens à la suite de l'établissement d'une monarchie à peu près absolue. Le tribunal du roi, on vient de le voir, prononçait la mise hors la loi contre ceux qui n'avaient pas voulu promettre d'exécuter la sentence des rachimbourgs et qui, assignés devant lui, avaient fait défaut ou refusé de s'y soumettre (2). Un autre texte de la loi salique nous montre le roi frappant d'une amende celui qui a accusé à tort un absent devant lui (3). Il est aussi dit qu'en cas de doute sur la vali-

(1) Loi salique, tit. L, § 2; tit. LVI.
(2) Loi salique, tit. LVI.
(3) Loi salique, tit. XVIII.

dité d'une donation, les actes judiciaires prescrits par la loi peuvent être accomplis devant le roi ou le *tunginus* (1). Tels sont les seuls textes précis sur ce point. Il en résulte bien nettement qu'il existait un tribunal du roi, que ce tribunal pouvait juger certaines affaires criminelles et accomplir différents actes de juridiction gracieuse. Tout ce que l'on a dit de plus sur la compétence ou la composition de ce tribunal est de pure conjecture. Ainsi on a prétendu que, déjà à cette époque, le tribunal du roi jugeait les rachimbourgs coupables de déni de justice ou de jugements contraires à la loi, sous prétexte que s'ils avaient été traduits devant la centurie, ils auraient été juges et parties dans leur propre cause. Cette solution suppose que tous les hommes libres de la centurie étaient nécessairement rachimbourgs dans les procès de leur mall; nous avons vu combien cette conjecture est peu fondée. D'ailleurs, même en admettant cette doctrine, il va sans dire qu'en pareil cas, l'homme libre, devenu plaideur, ne pouvait, pas plus dans cette affaire que dans aucune autre, être juge de la cause.

La loi salique ne parle pas du pouvoir judiciaire de l'assemblée de la nation. Ce sujet était étranger à sa rédaction. Nous avons déjà constaté que la loi salique ne contenait pas tous les usages, encore moins toutes les institutions des Francs. Mais si nous établissons que l'assemblée de la nation exerçait déjà le pouvoir judiciaire longtemps avant la rédaction de la loi salique, au temps de Tacite, et qu'après l'établissement des Francs dans la Gaule on constate encore quelques traces de l'existence d'assemblées de ce genre, il ne sera pas difficile d'admettre que ces assemblées fonctionnaient aussi au temps de la loi salique. Seulement cette institution était en pleine décadence, et à vrai dire sous la période suivante, le jugement d'une affaire par une assemblée de ce genre n'est plus qu'un simple accident.

(1) Loi salique, tit. XLVI.

## § 24. — L'ORGANISATION JUDICIAIRE PENDANT LA PÉRIODE DES MÉROVINGIENS. — SES CARACTÈRES.

La seconde période du droit salique commence, on s'en souvient, avec l'établissement des Francs en Gaule, sous Clovis. Elle comprend l'époque des Mérovingiens et celle des Carolingiens, mais au point de vue de l'organisation judiciaire, il n'est pas sans intérêt de séparer ces deux dynasties, car de profonds changements ont été introduits par Charlemagne et par ses successeurs dans l'administration de la justice.

L'ancienne organisation judiciaire des Barbares se modifia sensiblement en Gaule sous l'influence des institutions romaines et aussi par la volonté des rois francs qui s'efforçaient d'établir une monarchie toute puissante et à peu près absolue. Cette révolution s'accomplit aussi chez les Visigoths : les vieilles libertés germaniques disparurent rapidement parmi eux sous l'action des institutions romaines. Pour les Burgondes, on ne sait pas très exactement si c'est l'élément populaire ou celui des fonctionnaires du roi qui l'emporta (1).

Les Visigoths établirent une véritable hiérarchie dans l'organisation judiciaire : les cours de justice étaient placées sous l'autorité de magistrats d'importances différentes et il existait même parfois plusieurs degrés d'appel (2). Au-dessus de tous étaient placés les évêques; puis venaient les ducs, les comtes, les *tuiphades*, dont le ressort portait le nom de *tuiphadiæ;* enfin, au-dessous des comtes, figuraient dans les villes les *defensores* et dans les campagnes les *villei*. Les ducs formaient la juridiction ordinaire d'appel; on ne pouvait s'adresser ensuite que dans certains cas aux évêques (3). Le

(1) Voy. la controverse dans Schäffner, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, I, p. 359.

(2) Loi des Visigoths, liv. II, tit. I, § 23 et 31.

(3) Loi des Visigoths, liv. II, tit. I; liv. VII, tit. I, § 1; liv. IX, tit. II, § 1 et 3; liv. XII, tit. I, § 2. Quant à la compétence des *pacis assertores*, elle ne nous est pas connue.

juge convaincu d'avoir faussement jugé était condamné à une peine et à la restitution du double; mais réciproquement l'appelant qui succombait encourait des peines pécuniaires et canoniques (1).

Chez les Francs l'élément populaire ne fut pas détruit dans l'administration de la justice : nous voyons encore les hommes libres jouer un certain rôle dans les constestations civiles ou criminelles. Mais ce rôle s'est peu à peu affaibli sous l'influence et au profit de la monarchie et de ses fonctionnaires.

Nous avons vu avec quelle énergie le roi essaya de concentrer tous les pouvoirs entre ses mains, soit directement, soit par l'intermédiaire de ses agents, c'est-à-dire des comtes. Les hommes libres continuent à rendre la justice, mais sous la direction du roi ou du comte. La compétence du tribunal du roi prend une extension considérable et avec d'autant plus de facilité, qu'elle n'est limitée par aucune règle fixe, par aucun usage antérieur. On pourrait dire, en empruntant une image au langage moderne, qu'avant Clovis la justice était rendue au nom de la nation ; qu'après lui elle le fut au nom du roi. La justice n'est plus une institution exclusivement populaire, mais une institution mixte, moitié royale, moitié populaire ; aussi le roi tient à l'administrer lui-même et directement dans sa cour. Il siège souvent à son tribunal (2), et par une fiction qui se conservera à travers les âges, on le supposera présent, même lorsqu'il se fera représenter par un délégué. Dans les différentes parties du royaume, les comtes réunissent tous les pouvoirs ; aussi ne sont-ils plus de simples agents d'exécution comme dans la loi salique ; ils rendent maintenant la justice ; le plus souvent assistés de rachimbourgs, mais parfois même seuls. Le rôle des sages barons, comme celui des comtes, se transforme et ces magistrats changent même de nom. Enfin sous les Carolingiens,

(1) Nous nous bornons à renvoyer pour plus de détails sur ce point à Schäffner, I, p. 357.

(2) Il lui arrive même de rendre la justice à lui seul. Voy. Grégoire de Tours, liv. VII, § 27.

par l'extension des *missi dominici*, par la création d'une véritable hiérarchie judiciaire, par la suppression des rachimbourgs que remplacent des *scabini*, la justice perd les derniers de ces caractères et devient, dans toute la force du terme, une institution d'État et d'Empire, au lieu de former une institution populaire comme sous les Germains, une institution en partie populaire, en partie royale comme sous les Mérovingiens.

Les juges romains avaient été en dernier lieu très corrompus (1). Les magistrats barbares l'étaient peut-être moins, mais leur instinct naturel les portait à la violence et à l'arbitraire. Nous en avons la preuve dans certains actes des rois mérovingiens qui ont précisément pour objet de réprimer ces écarts et de procurer une bonne justice. On explique ainsi le pouvoir reconnu aux évêques assistés d'hommes sages de réviser les sentences des comtes (2). Un décret de Clotaire II menace de la peine de mort les comtes qui oseraient violer les ordres du roi (3). La même peine est encourue par ceux qui laissent échapper les voleurs ou tolèrent que les parents ou amis des accusés emploient la violence pour les soustraire à la justice (4). Malgré toutes ces mesures sévères, bien des abus furent commis, comme en témoignent les récits des chroniqueurs.

### § 25. — L'ASSEMBLÉE DU PEUPLE A-T-ELLE ENCORE LE POUVOIR JUDICIAIRE ?

On se rappelle qu'en Germanie, l'assemblée du peuple exerçait, indépendamment de l'autorité législative, un pouvoir judiciaire important; elle jugeait les contestations les plus graves, tout au moins en matière criminelle (5). Les anciens

(1) Voy. un exemple remarquable dans Thierry, *Histoire d'Attila*, 3e éd., in-12, t. I, p. 97.

(2) Const. de Clotaire, cap. 6, dans Pertz, *Leges*, I, 2; Boretius, 19. — Loi des Visigoths, liv. II, tit. XXIX.

(3) Décret de Clotaire, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 13; Boretius, 6.

(4) Décret de Childebert II, cap. 6 et 7, Pertz, *Leges*, I, 9; Boretius, 16.

(5) Voy. notre t. II, p. 76. — Tacite, *Germanie*, § 12.

historiens admettaient assez volontiers que ces assemblées du peuple avaient continué à rendre la justice, peut-être même avec une certaine régularité, sous les Mérovingiens et cette opinion était particulièrement chère aux érudits allemands. Mais la critique moderne en a fait justice; peut-être même a-t-elle parfois dépassé la juste mesure en niant d'une manière absolue l'existence de ces assemblées et leur pouvoir judiciaire. Que la plupart des textes invoqués en faveur de l'ancienne doctrine aient souvent en vue le *placitum palatii* présidé par le roi et composé d'un nombre plus ou moins considérable de grands du royaume, nous le reconnaissons volontiers; mais il n'est pas permis de conclure de là que le pouvoir judiciaire de l'assemblée du peuple avait complétement disparu. La loi salique, il est vrai, ne parle pas non plus de ce pouvoir. Mais on sait qu'elle n'a pas pour objet de consacrer toutes les institutions des Francs. La vérité est que les textes faisant allusion à un pouvoir judiciaire du peuple sont très rares et souvent susceptibles de diverses interprétations. Aussi admettons-nous volontiers, avec la plupart des auteurs les plus récents, que cette assemblée du peuple ne forme plus une juridiction normale. Mais nous n'osons pas aller jusqu'à prétendre qu'elle n'a jamais été consultée. Certains rois ont soumis à des assemblées du peuple, dans les derniers temps à des réunions de grands qui ont remplacé ces assemblées, de véritables litiges, seulement ce fut là un simple accident (1).

Ceci dit, examinons les principaux textes qui paraissent se rattacher à cette question.

Le traité d'Andelot ou pacte entre Gontran et Childebert II du 29 novembre 587, nous apprend qu'en vertu d'un *judicium gloriosi domni Guntchrami regis vel Francorum* tenu seize ans auparavant, les cités acquises par Galswinde en don

(1) Voy. dans le sens de la complète disparition des assemblées judiciaires du peuple, Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 502 et suiv.; Beauchet, *Histoire de l'organisation judiciaire en France*, p. 45.

du matin, ont passé après sa mort à sa sœur Brunehaut (1). Dirons-nous, avec les anciens auteurs, que ce *judicium Francorum* était l'assemblée de la nation? Admettrons-nous au contraire, avec M. Fustel de Coulanges, que le texte ne pourrait comporter cette interprétation qu'autant qu'il dirait *omnium Francorum* ou *gentis Francorum*? A notre avis, il n'était pas nécessaire de parler de tous les Francs, par la raison que la présence de tous n'était pas indispensable. Le mot *Francorum* pourrait donc à la rigueur désigner l'assemblée du peuple s'il était employé seul; mais il est précédé dans le texte des termes *judicium regis* qui viennent, à notre avis, en éclairer le sens. On a voulu parler d'un jugement du roi et de ses Francs, c'est-à-dire des grands du royaume.

Dans un autre texte, Frédégaire nous apprend que les petits-fils de Brunehaut étant en lutte et Théodebert ayant envahi l'Alsace attribuée à Thierry, il fut convenu entre les deux rois que le jugement des Francs terminerait la querelle. Et en effet les deux princes arrivèrent l'un et l'autre avec leur armée; mais Thierry ayant remarqué que celle de Théodebert l'entourait, il s'empressa *per pactionis vinculum* de céder l'Alsace (2). Suivant M. Fustel de Coulanges, le mot *judicium Francorum* est pris dans ce texte avec le sens qu'on lui donne en parlant de *judicium Dei* : les deux princes s'en seraient remis au jugement des Francs, c'est-à-dire au sort de la guerre et ce qui le prouve, c'est qu'ils se sont présentés l'un et l'autre avec leur armée. Cependant la preuve n'est pas décisive, car, à cette époque, l'armée c'est aussi la nation. Le texte établit donc au contraire que les princes reconnaissaient à l'occasion le pouvoir de juger à leurs peu-

(1) On trouvera le texte du traité d'Andelot dans Pertz, *Leges*, I, 5, et dans Boretius, 12. On sait que ce texte nous est parvenu par Grégoire de Tours, qui le rapporte dans son *Historia Francorum*, lib. IX, cap. 20. Voici le passage qui se refère à notre question : « *De civitatibus vero, hoc est Burdegala, Lemovicas, Cadurcus, Benarno et Begora, quæ Gailesoindam germanam domnæ Brunichildis tam in dote quam in morganegiba, hoc est matutinale donum, in Franciam venientem certum est adquisisse, quas etiam per judicium gloriosi domni Guntchramni regis vel Francorum superstitibus Chilperico et Sigiberto regibus, domna Brunichilds noscitur adquisisse, ita convenit...* »

(2) Frédégaire, § 37.

ples. Ceux-ci jugeront-ils pacifiquement ou par les armes, ce n'est plus là qu'une question secondaire (1).

De même, l'auteur anonyme de la vie de Saint Salvic nous apprend que dans une assemblée générale, tenue par Charles Martel sous le règne de Thierry IV, vers 720, on jugea une cause de pétition d'hérédité formée contre un duc par ses sœurs (2). Voilà encore un procès tranché par une assemblée.

Mais nous pensons, avec M. Fustel de Coulanges et contrairement à l'opinion dominante adoptée notamment par Waitz, que Brunehaut n'a pas été condamnée par une assemblée des Francs (3). Les deux chroniqueurs les plus voisins des faits ne parlent pas de jugement des Francs et le passage des *Gesta Francorum* est tout au moins obscur ; il ne dit pas que les Francs aient jugé et ne parle pas davantage d'une sentence du roi, mais se borne à constater que tous les Francs et les Burgondes vociféraient en demandant la mort de la reine et que le roi ordonna son supplice (4). Sauf quelques divergences sur l'interprétation des textes, nous adoptons donc, on l'aura remarqué, l'opinion aujourd'hui domi-

(1) M. Fustel de Coulanges pense que les mots *judicium Francorum* sont encore pris avec le sens qu'il leur donne dans un autre passage de Frédégaire, § 40, ainsi conçu : *Chlotarius respondebat... judicio Francorum electorum, quidquid præcedente domino a Francis inter eos judicabitur, pollicetur sese implere... Brunichildis Sigibertum filium in Thoringiam direxit ut gentes ultra Rhenum adtraherent qualiter Chlotario potuissent resistere.* » Clotaire II a envahi le royaume d'Austrasie et Brunehaut lui faisant dire qu'il n'a aucun droit sur ce royaume, il réplique, d'après M. Fustel de Coulanges « qu'il fera ce qui sera décidé par le jugement des Francs. » *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 518. Mais cette traduction omet le mot *electorum* qui change tout à fait le sens de la phrase.

(2) Bouquet, III, 647.

(3) Voy. Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 519 ; Cpr. Frédégaire, § 42.

(4) « *Chlotarius, cum eam vidisset, ait : inimica domini, cur tanta mala perpetrare invaluisti ; tunc adunato agmine Francorum et Burgundionum, cunctis vociferantibus Brunihildam morte esse condignam, tunc jubente rege Chlotario in camelo levata, toto exercitu girato deinde equorum pedibus ligata, dissipatis membris obiit.* » Tout en admettant l'interprétation de M. Fustel de Coulanges, nous n'ajoutons pourtant pas, avec l'éminent historien, qu'une armée n'est pas un tribunal et que des cris ne sont pas un jugement. A cette époque, l'armée, c'est la nation et la nation peut juger lorsque le roi lui défère un procès et alors aussi elle ne formule naturellement pas sa sentence comme le feraient trois magistrats assis dans un tribunal.

nante, mais avec un tempérament. L'assemblée du peuple n'est plus un tribunal régulier, mais le roi peut la saisir accidentellement d'un procès, comme il lui soumet aussi d'autres affaires. Nous avons vu quel était devenu le sort des assemblées du peuple ou des grands au point de vue des lois ou de l'administration ; il ne fut pas différent sous le rapport de la justice.

## § 26. — LA COUR DU ROI.

Dès les premiers temps de la monarchie franque, le roi s'attache à participer directement à la justice ; il tient à exercer en personne ses fonctions pour assurer et affirmer son autorité. Clovis, le premier, avait mis la main sur la justice et en avait fait une institution royale, du moins en partie. Il ne faut donc pas s'étonner si le tribunal du roi prend une extension considérable. En réalité, le roi est devenu le chef de la justice et en cette qualité il l'exerce en personne.

Comme le roi avait l'habitude de s'entourer de son conseil, composé des personnages les plus importants du royaume, pour délibérer sur les affaires politiques, il fut tout naturellement porté à rendre la justice aussi avec l'assistance de ce conseil. L'existence de ce tribunal, attestée par Hincmar (1) pour l'époque de la seconde race, n'est pas douteuse pendant la première, car il nous est parvenu un certain nombre d'actes authentiques, de jugements rendus par ce tribunal sous la première race (*Diplomata*), et les formules de Marculfe, de Sirmond, de Lindenbrog en contiennent aussi quelques rédactions (2). Ce *placitum palatii* était déjà organisé d'une manière tout à fait régulière sous les Mérovingiens. Le roi présidait lui-même sa cour (3) ; en cas d'empêchement, il se faisait remplacer par un des principaux membres, mais le jugement n'en était pas moins rendu en son nom. Quoiqu'absent il était censé présider la séance. Ainsi certains

(1) Epist. V, cap, 33.
(2) Marculfe, I, form. 25, 37, 38. — Sirmond, 33. — Lindenbrog, 168 et 171.
(3) Marculfe, I, 25, Zeumer, 58.

actes attribuent à Clotaire III des jugements qu'il aurait prononcés à l'âge de six ans (1) ; il est évident qu'en pareil cas la présence du roi était une pure fiction.

A défaut du roi la présidence de fait appartenait au comte du palais (2) ; mais quelquefois aussi un optimate remplaçait le comte du palais (3). Ce qui est remarquable, c'est le soin avec lequel les décisions constatent la présence du roi. Ce fait est facile à expliquer si l'on admet avec certains historiens que le roi et le roi seul rendait la justice. Les dignitaires de son entourage lui auraient donné de simples avis. Sans doute le roi pouvait se ranger à leur opinion ou même les laisser prendre parti sans lui, mais ce qu'ils faisaient, il se l'appropriait et c'était toujours le prince seul qui, présent ou absent, était le véritable auteur de la sentence. En faveur de cette doctrine on fait remarquer que les textes portent les formules : *nos constitit decrevisse* ou bien *jubemus* ou toutes autres semblables (4). Toutefois ces expressions ne sont pas décisives. Ne peuvent-elles pas signifier, en effet, non pas que le roi a jugé, mais qu'il a ordonné d'exécuter la sentence ? Aussi certains auteurs proposent-ils une solution absolument contraire : le roi n'aurait pas jugé ; son rôle se serait borné à présider l'assemblée de la cour et à assurer l'exécution de la sentence ; les membres de la cour, d'ailleurs choisis arbitrairement par le roi, auraient seuls instruit et jugé l'affaire (5).

On peut discuter sur le point de savoir si avant la

(1) *Diplomata*, t. II, n° 331, p. 107.

(2) *Diplomata*, t. II, n°s 331, 332, 349, 418, 429, p. 107, 108, 131, 217, 227. Les diplômes nous apprennent qu'il y avait parfois plusieurs comtes du palais ; mais on ignore comment l'autorité attachée à cette fonction s'exerçait ou se répartissait entre eux. M[lle] de Lézardière (*Théorie des lois politiques de la monarchie française*, t. III, p. 187), affirme qu'il ne pouvait exister qu'un seul comte du palais à la fois, mais son erreur est aujourd'hui reconnue par tous. Voy. par exemple Waitz, *op. cit.*, p. 79.

(3) *Diplomata*, t. II, n° 434, p. 233.

(4) Voy. notamment, *Diplomata*, t. II, n°s 331, 349, 394, 418, 424, 429, 431, 434, 440, 456, 473, 477, 479, 497, 589, 603, 604.

(5) Beauchet, *op. cit.*, p. 50, 51, 348. L'opinion dominante est en sens contraire. Voy. notamment, Waitz, *op. cit.*, IV, p. 494. — Tardif, *op. cit.*, p. 179. — Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 503 et

fondation de l'Empire franc, au temps de la rédaction de la loi salique, le roi présidait sa cour et assurait l'exécution de la sentence, sans prendre part au jugement. Mais il est hors de doute qu'à partir de Clovis le roi eut le droit de juger et il l'exerça même souvent. Plusieurs textes nous montrent même le prince rendant la justice sans aucune assistance de conseillers (1). Certains ordres de mise à mort donnés par les rois francs ne sont pas autre chose que l'exercice de cette justice rigoureuse et personnelle; c'est à tort qu'on les a souvent considérés comme des crimes. D'autres textes nous montrent que le roi jugeait avec sa cour et dans ces cas les membres de la cour avaient donc voix délibérative (2). Il n'y avait dès lors aucune règle précise sur ce point et tout dépendait du bon vouloir du roi. C'est ainsi qu'il pouvait encore donner à sa cour le droit de juger en son absence, mais dans ce cas, comme dans tous les autres, il se réservait l'ordre d'exécution.

Le roi constituait sa cour comme il voulait. Il pouvait en varier la composition pour chaque séance et même pour chaque affaire. On voit ordinairement siéger les évêques, des optimates, des ducs, des comtes, des *domestici*, des référendaires, le sénéchal, le comte du palais et d'autres dignitaires de la cour (3). Les Gallo-Romains pouvaient y siéger aussi bien que les Francs (4). Souvent le roi composait sa cour en vue de l'affaire qu'il s'agissait de juger. Le procès concernait-il un évêque, il appelait d'autres évêques pour l'assister (5).

suiv.— Beaudouin, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, p. 501. En faveur de la première doctrine on invoque notamment trois diplômes rapportés dans Bouquet, t. IV, p. 676, 684, 691 et la formule 38 du liv. Ier de Marculfe, Zeumer, p. 67.

(1) Voy. par exemple Grégoire de Tours, liv. III, § 27. Ce chroniqueur nous apprend également que le roi composait arbitrairement sa cour lorsqu'il ne voulait pas juger seul. Voy. liv. VIII, § 30.

(2) Voy. par exemple un diplôme de Clotaire III dans Bouquet, t. IV, p. 648. M. Beauchet, *op. cit.*, p. 50, cite à tort ce texte pour établir que le roi ne jugeait pas. Il y est en effet formellement dit : *una cum nostris proceribus*, etc.

(3) Voy. par exemple Marculfe, liv. I, form. 25, Zeumer, p. 58.

(4) Grégoire de Tours, liv. § 41; liv. VII, § 23; liv. VIII, § 21.

(5) *Diplomata*, t. II, n° 388, p. 178.

Un diplôme de 750 mentionne parmi les membres du tribunal des *legis doctores* (1) et il semble bien que Saint Elbrulfe, avant de devenir abbé, avait rempli cette fonction (2). La présence de ces hommes de loi devait être fort utile, mais elle n'était pas obligatoire, pas plus que celle des autres membres. De même en pratique on s'attachait à ce que le nombre des membres présents fût assez élevé (3). Mais c'était là encore un usage qui n'avait rien d'obligatoire. Ce qui le prouve, c'est que le roi pouvait, à la rigueur, juger seul sans aucune assistance.

Même lorsque le roi était présent, sa présidence avait un caractère honorifique ; ce n'était pas lui qui dirigeait la procédure ni les débats. Ce rôle appartenait pendant les premiers temps au comte du palais et plus tard il passa au maire lorsque ce fonctionnaire devint le principal personnage de la cour (4). En cette qualité, le comte du palais devait se porter garant de la régularité de la procédure ; il est probable qu'il faisait sa déclaration à cette effet après la prononciation de la sentence et avant que le roi eût donné l'ordre d'exécution (5). En cas d'empêchement du comte, cette fonction était dévolue, par intérim, à un autre personnage de la cour (6). Enfin le référendaire était spécialement chargé de rédiger et de signer les procès-verbaux des plaids (7). En l'absence du roi, la présidence de fait et de droit appartenait d'abord au comte,

(1) Dans Bouquet, t. IV, p. 717. Cpr. un autre diplôme de 760, *ibid.*, t. IV, p. 641.

(2) *Acta sanctis ordinis Benedicti*, I, 355. Cpr. Bouquet, IV, 641 et 717.

(3) Marculfe, I, 25, Zeumer, p. 58. — Placit. de 752, Bouquet, V, 697, 703, 724, 746. Beethman-Holweg a dressé le relevé des dignitaires qui ont siégé dans un certain nombre de *placita* du roi, *op. cit.*, t. VI, p. 437. Voy. aussi Beauchet, *op. cit.*, p. 56.

(4) On a la preuve du changement dans la rédaction des procès-verbaux des audiences : le maire du palais y fut indiqué immédiatement après les évêques et le comte du palais ne vint plus qu'après les optimates, les comtes, les *domestici* et les sénéchaux. Voy. Beethmann-Holweg, *op. cit.*, p. 438 ; Beauchet, *op. cit.*, p. 52.

(5) C'est ce qui semble bien résulter des textes. Voy. par exemple, *Diplomata*, t. I, nos 34, 49, 64, 67, p. 17, 23, 34, 41.

(6) Diplôme de Childebert III de 695 dans Bouquet, IV, p. 674.

(7) Cpr. Sickel, *Acta regum et imperatorum Carolinorum*, I, p. 216.— Grégoire de Tours, liv. V, § 3 ; liv. X, § 19.

ensuite au maire du palais. Pendant la période des rois fainéants, ce fut toujours ce dignitaire qui prit la place du roi et les jugements furent même rendus en son nom (1).

Les diplômes nous apprennent que le roi tenait sa cour de justice dans ses différents palais ou *villæ* (2). La loi des Ripuaires parle du *stapplum regis* (3), mais on est loin de s'entendre sur le sens de ce mot; les uns pensent qu'il s'agit d'une tribune sur laquelle aurait siégé le roi; d'autres veulent que ce mot fasse allusion à une pierre de justice qui aurait été placée devant le palais du roi. Dans tous les cas il est certain que le roi pouvait juger les procès même ailleurs, et par exemple dans les églises (4).

Les séances du tribunal royal étaient publiques. Les diplômes nous apprennent que les audiences étaient tenues aux divers jours du mois et dès lors la formule *ad proximas calendas* n'implique pas nécessairement que le roi aurait rendu la justice le premier de chaque mois (5). Elle ne prouve donc pas non plus que le plaid royal ait été tenu à

(1) *Diplomata*, II, n° 604, p. 415 et n° 608, p. 418.

(2) Voy. *Diplomata*, t. II, n^os^ 424, 434, 440, p. 223, 233, 241. Cpr. Marculfe, form. I, 25, Zeumer, p. 58. Suivant M. Beauchet le roi aurait même parfois tenu sa cour en plein air. Le savant auteur se fonde sur un passage de Grégoire de Tours. Mais à notre avis ce texte ne s'explique pas sur cette question. Il nous apprend que Sunnegysile, comte des écuries et Gallomagnus, référendaire, ayant été accusés d'un crime, se réfugièrent dans une église pour s'y placer sous la protection du droit d'asile. Le roi, sur cette nouvelle, se rendit auprès d'eux et leur dit : « Sortez « pour qu'on vous juge, afin que nous sachions si les faits dont on vous accuse sont vrais ou faux, car je pense bien que vous ne vous seriez pas réfugiés dans cette église si vous n'étiez pas effrayés par votre conscience. Cependant je vous donne la promesse de la vie sauve, même pour le cas où vous seriez reconnus coupables, car nous sommes chrétiens et il n'est pas permis de punir les criminels qu'on a tirés d'une église. » Le texte ajoute que, sur cette promesse, ils consentirent à sortir du lieu d'asile et conduits hors de l'église et se rendirent avec le roi en justice ; *tunc educti foris cum rege venerunt ad judicium.* » Mais où fut rendue cette justice ? C'est précisément ce que ne dit pas le texte. Il semble bien que si le roi avait jugé sur-le-champ au sortir même de l'église, et en plein air, Grégoire de Tours se serait exprimé tout autrement.

(3) Loi des Ripuaires, tit. XXXIII, § 1 ; tit. LXVII § 5 ; tit. LXXV.

(4) On en a la preuve par un passage de Grégoire de Tours, *De gloria confessorum*, cap. 93.

(5) *Diplomata*, t. II, n^os^ 388, 393, 418, p. 178, 185, 127.

des époque fixes. Mais le fait est probable et naturel (1).

On observait à la cour du roi une procédure spéciale que nous étudierons dans la suite. Bornons-nous à constater pour le moment que cette cour du roi formait une véritable juridiction d'équité. Il faut toutefois bien s'entendre sur ce point. On a affirmé que le roi n'était pas lié par la loi et pouvait juger arbitrairement. C'est aller beaucoup trop loin. Que les rois mérovingiens aient souvent abusé de leur autorité, qu'ils se soient mis au-dessus de la loi et aient même prononcé des condamnations sans aucune instruction préalable, cela est malheureusement attesté par de très nombreux textes. Mais il n'est pas permis de s'appuyer sur eux pour déterminer l'étendue des droits du roi (2). A vrai dire, aucun texte ne nous les fait connaître pour la période mérovingienne. Hincmar nous apprend sous les Carolingiens que le roi a le droit d'adoucir la rigueur des lois temporelles. Mais il ne va pas jusqu'à dire qu'il ait le pouvoir de se placer arbitrairement au-dessus d'elles. On peut admettre que sous les Mérovingiens la cour du roi était déjà en ce sens une juridiction d'équité et à ce point de vue on pouvait avoir intérêt à s'adresser à elle. La procédure y était aussi beaucoup moins rigoureuse, mais il faut ici encore se garder d'exagération. On ne saurait dire avec certains auteurs qu'elle était dégagée de tout formalisme. La preuve du contraire résulte suffisamment de ce fait que le comte du palais devait attester solennellement la régularité de la procédure après le prononcé de la sentence et avant la délivrance de l'ordre d'exécution.

Quant à la compétence de la cour du roi, elle était très étendue et ne fut jamais soumise à aucune règle précise

(1) Selon M. Tardif, *Institutions mérovingiennes*, p. 181, le plaid royal se serait tenu au commencement de chaque mois et il y aurait eu ensuite dans le courant de chaque mois des audiences supplémentaires lorsque le nombre des affaires l'exigeait. Les termes *Kalendas istas*, employés par certaines formules d'assignation, signifient tout simplement à telle date et ne prouvent pas non plus que le tribunal du roi se soit réuni aux calendes.

(2) Voy. par exemple Grégoire de Tours, liv. IV, § 13; liv. V, § 5, 15, 19, 25, 48; liv. VIII, § 29 et 30; *De gloria confessorum*, cap. 71.

pendant cette période. Le tribunal du roi jugeait l'homme libre qui, assigné au *mall* local, n'y avait pas comparu, ou qui, après avoir comparu, avait refusé de se soumettre à la sentence; son adversaire l'appelait alors devant le tribunal du roi et, s'il continuait sa contumace, il était mis hors la loi; ses biens étaient confisqués et sa vie à la discrétion du premier venu (1). C'est aussi devant cette cour, qu'on agissait contre les rachimbourgs coupables d'un déni de justice ou d'un jugement frauduleux. Le comte étant devenu un juge, on lui appliqua les mêmes règles pour le cas de déni de justice ou de faux jugement (2). Toutefois lorsqu'une personne se plaignait de déni de justice, le roi n'évoquait pas nécessairement et tout de suite l'affaire à son tribunal en y appelant les juges incriminés; il pouvait, s'il le préférait, donner une injonction à ces juges de statuer sur l'affaire (3). Avec ce cas de déni de justice, il ne faut pas confondre celui où l'on recourait au roi, contre les rachimbourgs *qui non secundum leges judicaverunt;* il s'agissait bien alors de juges qui avaient mal appliqué la loi, qui avaient rendu un faux jugement (4); c'était l'appel de faux jugement dont nous parlerons bientôt et qui, nous le verrons, existait seul à cette époque, à l'exclusion de l'appel ordinaire, tel que nous le comprenons aujourd'hui.

La cour du roi jugeait aussi tous les procès qui concernaient les comtes et les autres hauts fonctionnaires (5) ou encore les centeniers, les vicaires, etc. Les procès de ces dignitaires étaient de deux sortes : tantôt il s'agissait de plaideurs qui se plaignaient contre eux d'abus de pouvoir dans l'exercice de leurs fonctions (6); d'autres fois ces fonctionnaires étaient

(1) Loi salique, tit. LVI.

(2) Décret de Clotaire I[er] de 560, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, 6; Boretius, 19. Cpr. Grégoire de Tours, liv. VII, § 23; liv. X, § 5 et 21.

(3) Marculfe, form. I, 27 et suiv. dans Zeumer, p. 59.

(4) Loi salique, tit. LVII, § 3. — Cf. Fournier, *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, p. 101.

(5) Pacte de Childebert et de Clotaire, § 18; Edit de Gontran dans Boretius, p. 12.

(6) Edit de Clotaire II, cap. 6, Boretius, p. 19. Cf. Grégoire de Tours, liv. X, § 5.

appelés à faire ou à soutenir des procès en qualité de personnes privées et comme ils ne pouvaient pourtant pas à la fois être juges et parties dans leur propre cause, c'était encore la cour du roi qui devenait compétente par la force même des choses (1).

A l'origine, les actions intentées contre les antrustions royaux furent portées à la cour du comte; la loi salique, au titre *De antrustione ghamalta*, règle même soigneusement la procédure à suivre en pareil cas. On essaya pendant quelque temps de les attribuer au *placitum palatii*, sous prétexte que les antrustions étaient placés sous la protection spéciale du roi (2).

Le roi jugeait aussi seul les évêques, comme cela résulte de plusieurs récits de Grégoire de Tours et même de différentes formules (3). On dit qu'en 614 un édit de Clotaire II retira cette compétence à la cour du roi, mais nous verrons plus loin que cette opinion n'est pas exacte.

Cette cour était également seule compétente pour juger les questions de propriété qui intéressaient le fisc (4). Il faut même aller plus loin et dire en termes généraux que le *placitum palatii* jugeait toutes les affaires dans lesquelles la royauté était intéressée. Le plus souvent ces procès concernaient le domaine de la couronne, la propriété de certains biens de ce domaine ou encore la perception de redevances (5). Il est aussi possible qu'on ait considéré comme intéressant le roi et relevant à ce titre exclusivement de sa cour, le crime de lèse-majesté. Il en fut certainement ainsi sous les Carolin-

(1) Il faut pourtant reconnaître que sur ce second point les textes font à peu près défaut. Voy, Pardessus, *Loi salique*, p. 569.

(2) Arg. *Cap. extravag.*, tit. XVIII. — Marculfe, lib. I, form. 24. — Lindenbrog, form. 38.

(3) Marculfe, liv. I, form. 26, Zeumer, p. 59; Rozière, form. 423.

(4) *Diplomata*, II, 285.

(5) Pardessus, *Diplomata*, nos 349, 477, 478, 591. Cf. Grégoire de Tours, *De gloria confessorum*, cap. 71. — Gibert a soutenu qu'il existait une cour spéciale pour juger les contestations intéressant le domaine de la couronne (Voy. *Mémoires de l'ancienne Académie des inscriptions*, t. XXX, p. 600), mais il n'a convaincu personne et l'existence de cette cour n'est en effet attestée par aucun texte.

giens, mais on ne peut pas être aussi affirmatif pour l'époque précédente, bien que Grégoire de Tours nous rapporte deux crimes de ce genre déférés au tribunal du roi (1).

Le roi était aussi en principe juge d'appel de toutes les juridictions inférieures. On pouvait appeler du centenier ou du comte pour mal jugé. L'appel n'était pas réglementé dans ses détails; les textes ne nous parlent pas de délai pour appeler ni de formes à observer; ce fut seulement sous les Carolingiens que cette procédure s'organisa d'une manière régulière. De même, l'insuffisance et l'obscurité des textes ont conduit certains auteurs à prétendre que le droit d'appel était ouvert d'une manière générale comme aujourd'hui. A notre avis les textes cités à l'appui de cette opinion (2) ne sont pas décisifs et il nous paraît que l'appel était une véritable prise à partie dirigée contre le comte ou les rachimbourgs : on leur reprochait d'avoir avec intention mal jugé en droit, absolument comme au moyen âge, dans l'appel de faux jugement (3). En dehors de ce cas l'appel n'était pas ouvert. Ainsi on ne l'autorisait pas sous prétexte que les juges se seraient trompés en fait.

Il arrivait aussi au roi d'évoquer devant lui une affaire pendante devant une autre juridiction, par exemple devant le comte (4); d'autres fois encore le comte lui-même, trouvant l'affaire trop obscure ou trop difficile, s'en dessaisissait et la renvoyait au tribunal du roi (5).

D'ailleurs la cour du roi n'était pas nécessairement juge de second degré; elle pouvait statuer directement sur tous les procès en matière civile ou criminelle.

Cette juridiction s'exerçait quel que fût l'objet du procès, comme le prouvent les jugements parvenus jusqu'à nous, quelle que fût la condition des plaideurs, vis-à-vis des Ro-

(1) Grégoire de Tours, liv. IX, § 8; liv. X, § 5.

(2) Voyez. par exemple, loi salique, tit. LVII, § 3 ; édit de Chilpéric de 574, cap. 8 dans Boretius, p. 9. — Grégoire de Tours, liv. VII, § 23.

(3) Voy. notamment, loi salique, tit. LVII; loi des Visigoths, II, 1, 20 et 23.

(4) Rozière, form. 433, 435, 444, 445.

(5) Grégoire de Tours, liv. VII, § 23.

mains aussi bien qu'à l'égard des Francs (1), sur les ecclésiastiques aussi bien que sur les laïques (2). En fait le roi jugeait directement surtout les affaires criminelles les plus importantes, les hommes libres accusés d'un crime, entraînant la peine capitale, et nous avons déjà vu qu'en outre cette juridiction directe était de droit commun pour les individus coupables de haute trahison, de lèse-majesté, d'attentat ou de complots contre le roi ou quelques membres de sa famille (3).

Les parties pouvaient, d'un commun accord, convenir qu'elles soumettraient leur contestation directement au tribunal du roi (4). Aucun texte ne nous dit qu'elles aient été obligées de porter au préalable leur procès devant le comte avant de s'adresser au roi; mais il semble bien que le roi ne devait pas être obligé de juger leur contestation. Toutefois il y avait certaines personnes pour lesquelles c'était un droit d'être jugées directement par le tribunal du roi, celles qui étaient placées sous son *mundium*. Les veuves, les orphelins et tous ceux que le roi était chargé de protéger pouvaient demander que leurs affaires fussent jugées par le tribunal du palais, que la contestation concernât leurs biens ou leurs personnes (5). A ce même titre le tribunal du roi jugeait aussi les procès des établissements ecclésiastiques placés sous sa protection spéciale (6). Nous nous expliquerons plus loin sur la compétence de la cour du roi à l'égard des immunistes.

(1) Grégoire de Tours, liv. IV, § 41, 44, 47; liv. V, § 14. — *Diplomata*, t. II, n° 349, p. 143.

(2) *Epistola ad Desiderium*, Bouquet, IV, 43. — *Diplomata*, t. II, n$^{os}$ 331, 332, 349, 418, etc.

(3) Grégoire de Tours, liv. V, § 50; liv. VIII, § 29; liv. IX, § 13. — Loi des Ripuaires, tit. LXXIII et LXXIX. — Décret de Childebert II, chap. 8 dans Pertz, *Leges*, I, 10; Boretius, 17.

(4) Grégoire de Tours, liv. VII, § 23. C'est seulement un capitulaire de Vernon de 755, cap. 29, Baluze, t. I, col. 175 (dans Boretius, cap. 7 du capit. de Pépin de 755, p. 32) qui a défendu de porter directement les procès devant le tribunal du roi.

(5) Diplôme de Clovis III de 693; *Diplomata*, t. II, n° 431, p. 229.

(6) *Diplomata*, t. II, n$^{os}$ 330, 332, 334, 394, p. 107, 108, 111, 185.—Lindenbrog, form. 33. — Marculfe, I, 24, Zeumer, p. 58.

Pardessus ajoute que la cour du roi jugeait aussi distinctement les causes de tous ceux qui occupaient des charges à la cour; cela est en effet très probable, bien qu'aucun texte ne nous l'apprenne formellement (1).

Le roi exerçait assez souvent la juridiction gracieuse. Ainsi on faisait devant lui des donations, des affranchissements, des partages; on lui demandait la confirmation d'une vente, la nomination d'un mandataire, etc. Cette juridiction volontaire ne comportait tout naturellement aucune limite (2).

Parfois différentes personnes étaient spécialement chargées par le roi de rendre la justice en son lieu et place dans certaines affaires. Nous avons vu qu'il existait déjà sous les Mérovingiens, mais seulement dans des circonstances rares et sans qu'ils aient reçu une organisation sérieuse, de véritables *missi dominici*. Ces envoyés du roi, plus spécialement appelés sous les Mérovingiens *legati* ou *legatarii*, pris le plus souvent dans l'entourage du roi au nombre de deux, un clerc et un laïque, recevaient les missions les plus diverses, rétablir la paix, toucher certains impôts, accepter l'hommage dû au nouveau roi, etc., etc. (3), et dès lors il était tout naturel qu'ils fussent aussi chargés de rendre la justice dans certaines affaires. Les textes nous montrent qu'ils statuaient surtout sur des procès criminels (4); mais cependant une formule de Marculfe nous apprend qu'ils pouvaient être aussi appelés à trancher des contestations civiles; il s'agit en effet dans cette formule d'une difficulté née d'un partage de succession (5).

Bien que ces envoyés fussent plus spécialement les représentants directs du roi, cependant ils n'avaient pas le pouvoir

(1) Pardessus, *Loi salique*, p. 569.

(2) Loi des Ripuaires, tit. XLVIII. — Addition à la loi salique, Pertz, *Leges*, II, 4. — Rozière, form. 57, 127, 253, 284, 392. — Marculfe, liv. I, form. 12, 13, 21, 22, Zeumer, p. 51, 56 et suiv. — Diplôme de Dagobert Ier de 628, *Diplomata*, t. II, n° 245, p. 2. — Grégoire de Tours, liv. IX, § 33.

(3) Voy. notamment Grégoire de Tours, liv. V, § 36; liv. VI, § 18 et 31; liv. IX, § 18 et 30; Frédégaire, § 68; Marculfe, liv. I, form. 11 et 40, Zeumer, p. 49 et 68.

(4) Grégoire de Tours, liv. IV, § 26; liv. V, § 28 et 47; liv. VIII, § 43.

(5) Marculfe, liv. I, form. 20, dans Zeumer, p. 56.

de rendre la justice comme le prince. Sous ce rapport ils étaient bien plutôt assimilés aux comtes et par exemple ils devaient convoquer des rachimbourgs pour rendre le jugement (1). Toutefois comme les comtes avaient en certaines matières criminelles le droit de juger seuls, il est tout naturel que les *missi dominici* aient aussi pu statuer sans rachimbourgs dans les mêmes circonstances.

De la compétence générale du roi en matière civile et criminelle, Pardessus a aussi conclu que la présence du prince dans une localité quelconque y suspendait le cours de la justice ordinaire, en ce sens que le roi aurait eu le droit de présider le tribunal du comte ou du centenier. Le fait est certain pour l'époque féodale, mais il n'est pas prouvé pour la nôtre (2).

### § 27. — LE TRIBUNAL DU COMTE ET CELUI DU CENTENIER.

Quoique le *placitum palatii* jugeât un grand nombre de causes et formât la juridiction la plus élevée du royaume, il n'en était pas moins un tribunal exceptionnel. La juridiction ordinaire de droit commun appartenait au *mallus* présidé par le comte ou par le centenier, également appelé *tunginus*. Pour comprendre cette organisation judiciaire de l'époque mérovingienne, il est nécessaire de se rappeler comment fut divisé le territoire de la Gaule après l'établissement des Francs. Les Romains avaient partagé la Gaule en provinces et en cités. Sous les rois francs, la division en provinces ne subsista que dans l'ordre ecclésiastique, mais on respecta la division en cités et chacune d'elles, avec son chef-lieu, ses villes, son territoire environnant forma une sorte de petite province, le comté ou *pagus*, administré par un comte. Les Francs combinèrent en outre ce partage du territoire avec la division par centaines qu'ils tenaient de leurs ancêtres et chaque cité ou petite province comprit un certain nombre

(1) Voy. la formule 7 de l'Appendice de Marculfe; dans Zeumer, c'est la formule 7 de Sens, p. 214.

(2) Voy. Pardessus, *Loi salique*, p. 570.

de centaines. Mais la loi salique ayant été rédigée avant l'établissement définitif des Francs sur les bords de la Seine ou sur ceux de la Loire, cette division du territoire en cités n'y apparaît pas encore, tandis qu'on la retrouve à chaque instant dans les formules (1). La centaine, circonscription judiciaire, eut à sa tête le *tunginus;* le *pagus*, circonscription d'un caractère plus général (2), fut dirigé par le comte, *comes*, *grafio*. Ce magistrat continuait à être, comme au temps de la loi salique, le représentant du prince. Mais il acquit des pouvoirs bien plus étendus qu'auparavant. Ce fut la conséquence naturelle et forcée de la nouvelle monarchie. Le roi réunissant désormais tous les pouvoirs, le comte son représentant était aussi dans l'étendue de son ressort, investi de toute l'autorité, administrative, financière, militaire; il avait même le pouvoir judiciaire. Auparavant le roi avait été plutôt, comme on dirait aujourd'hui, un simple chef du pouvoir exécutif, et de même le comte son représentant s'était borné à veiller aux intérêts du roi, à la rentrée de certaines redevances, à présider aux actes d'exécution, sans participer directement à l'administration de la justice.

Clovis ayant inauguré une monarchie absolue qui rendit le roi à la fois chef militaire, administratif et judiciaire, les comtes eurent le même caractère. Nous avons déjà vu qu'ils étaient choisis arbitrairement par le roi. Il les prenait parmi ses courtisans ou parmi les habitants de la cité, dans la race romaine comme dans la race franque, parmi les affranchis de même que parmi les ingénus (3). Comme membres de la hiérarchie administrative, les comtes étaient souvent appelés *agentes* (4). Comme membres de la hiérarchie judiciaire, ils

(1) Zeumer en a fait le relevé dans sa table alphabétique, v° *pagus*.

(2) Était-ce aussi un ressort judiciaire distinct de la centaine, c'est ce que nous verrons bientôt.

(3) *Vita Consortiæ*, 14 et 15. — Fortunatus, *Carmina*, VII, 16, *De condone domestico*. — Loi des Ripuaires, tit. LIII. — Grégoire de Tours, liv. IV, § 24, 42, 44; liv. V, §, 14, 18, 19; liv. VIII, § 18; liv. IX, § 7 et 17.

(4) Rozière, form. 158. — Grégoire de Tours, liv. VI, § 19. — *Diplomata*, t. II, n$^{os}$ 258, 264, 270, 279, 281, 285, 294, 377, 397, 428, 463, 482.

prenaient le nom de *judices* qui était également donné à leurs vicaires et aux centeniers (1).

Mais de sérieuses controverses s'élèvent lorsqu'il s'agit de déterminer avec précision le rôle judiciaire du comte. Il est certain que le comte n'a pas fait disparaître le centenier ou *tunginus* et que celui-ci a continué à tenir son plaid. On a eu la preuve par plusieurs textes qui sont formels sur ce point et nous représentent le centenier comme un *judex* tenant son audience (2). Il est non moins certain que le comte a pour ressort toute la *civitas*, tandis que le centenier ne rend la justice que dans l'étendue de la centaine (3). D'ailleurs le comte administre cette justice dans les différentes parties du *pagus* et non pas seulement au chef-lieu où il réside (4). Mais le *pagus* forme-t-il un ressort judiciaire en même temps qu'il est une circonscription administrative ou bien n'existe-t-il comme territoire judiciaire que la centaine? On voit tout l'intérêt de la question. Si le *pagus* est un arrondissement judiciaire, distinct de la centaine, il en résulte qu'il y a deux sortes de tribunaux, les uns présidés par le comte, les autres présidés par le centenier. Le premier magistrat appelle à son tribunal les rachimbourgs de tout le comté et le second convoque au sien les rachimbourgs de sa centaine. C'est ce qu'admettent en effet certains historiens. D'autres veulent qu'il ait existé une seule circonscription judiciaire, la centaine. Seulement le tribunal des rachimbourgs de chaque centaine était présidé tantôt par le comte tantôt par le

(1) Loi des Ripuaires, tit. LIII. Grégoire de Tours, liv. IV, § 47; liv. VI, § 8 et 46. Décret de Childebert, chap. 9. — Souvent le texte porte *judex publicus*, *judex fiscalis*, termes qui sont synonymes de *judex regius*.

(2) Décret de Childebert II, cap. 9, dans Boretius, 17. — Loi des Ripuaires, tit. L, § 1.— Loi des Alamans, tit. XXXVI, § 1. — Dans notre sens, voy. Beethmann-Holweg, *op. cit.*, t. IV, p. 424; Beauchet, *op. cit.*, p. 20. — En sens contraire, Waitz, *op. cit.*, p. 160. — Certains textes parlent de *judex loci*. Les uns veulent que ce terme se réfère toujours au comte; les autres pensent qu'il désigne le centenier; à notre avis il s'applique tantôt à l'un tantôt à l'autre.

(3) Marculfe, liv. I, form. 8, Zeumer, p. 47.

(4) Grégoire de Tours, liv. VIII, § 18. On sait que le comte demeure ordinairement dans la cité même du chef-lieu et qu'il en prend souvent le nom. Voy. par exemple Grégoire de Tours, liv. IV, § 30.

centenier; celui-ci se retirait dès que le comte entendait siéger. Il n'existe pas à notre connaissance de texte qui répondent directement à cette question. Mais on peut présenter deux considérations en faveur de l'opinion qui admet l'existence de deux tribunaux différents, l'un pour le comte, l'autre pour le centenier: d'abord tel était bien l'état des choses sous les Carolingiens et aucun texte ne nous disant qu'il ait été introduit sous ce rapport une innovation à cette époque, il nous est bien permis de conclure de là que, déjà sous les Mérovingiens, il existait deux tribunaux différents; d'un autre côté, les formules de l'époque mérovingienne, comme celles du temps qui a suivi, opposent toujours au tribunal du roi, *in palatio*, le tribunal du comte, *in pago*. Celui-ci préside donc un tribunal dont le ressort s'étend sur tout le comté (*pagus*) et distinct de celui du centenier (1).

Une autre question beaucoup plus délicate et plus importante à la fois est celle de savoir en quoi consiste le rôle du comte. Il est certain que le comte continue à assurer l'exécution des jugements et qu'en outre il a acquis le droit de présider un tribunal de rachimbourgs où il dirige la procédure. Mais juge-t-il aussi avec les rachimbourgs ou même sans eux et seul? De nombreux textes nous montrent le comte rendant la justice (2). Aussi la loi des Ripuaires et beaucoup d'autres textes lui donnent-ils le nom de juge qu'il ne portait pas auparavant (3). La loi des Burgondes, dans sa préface, place aussi les comtes parmi les juges; elle leur défend de recevoir des présents, les punit en cas de jugement injuste,

(1) Voy. par exemple form. d'Anjou, 1, 50, 52; Marculfe, liv. I, form. 21, 24; form. de Tours, 45; form. de Sens, 18, dans Zeumer, p. 4, 22, 56, 58, 159, 190. L'opinion dominante est cependant contre cette solution; la plupart des auteurs veulent que la centaine forme le seul ressort judiciaire. Voy. Waitz, *op. cit.*, t. II, p. 138; Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, t. IV, p. 421; Sohm, *Reichs- und Gerichtsverfassung*, p. 278; Beauchet, *op. cit.*, p. 18; Beaudouin, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, t. XI, p. 503.

(2) Voy. par exemple Grégoire de Tours, liv. IV, § 44; liv. V, § 49; liv. VI, § 8; *De gloria martyrum*, I, 73; *De gloria confessorum*, 101.—Voy. Beaudouin, dans la *Nouvelle Revue historique*, année 1887, t. XI, p. 594.

(3) Loi des Ripuaires, tit. XXXI, XXXII, LVIII, § 5, CXXXVIII.

fixe le délai dans lequel ils doivent juger les causes (1). Dans les autres lois barbares, le comte apparaît aussi avec le rôle de juge (2). Il en est de même dans les chroniqueurs, notamment dans Grégoire de Tours (3). Plusieurs édits ou décrets royaux recommandent aux comtes de juger selon la loi et l'équité et les rendent responsables des jugements iniques (4).

Mais est-ce à dire, comme le prétend M. Fustel de Coulanges, que le comte jugeait seul, que parfois il n'était même pas assisté de rachimbourgs et que ceux-ci n'étaient pas de véritables juges (5)? Faut-il au contraire, avec d'autres savants, décider que le comte ne jugeait jamais, qu'il dirigeait seulement la procédure et veillait à l'exécution des sentences (6)? Ces deux opinions nous paraissent l'une et l'autre exagérées.

Parmi les textes qu'on cite pour donner aux comtes le rôle d'un véritable juge, il en est qu'il faut, à notre avis, écarter par la raison bien simple qu'ils sont tout à fait étrangers à la question. Ces textes supposent en effet seulement que le comte rend la justice, ce que nous ne contestons pas (7). Nous allons voir dans quel sens il joue ce rôle. Les seuls textes vraiment

(1) Loi des Burgondes, Préface; tit. XLIX, § 1; tit. LXXXI; tit. XC, § 1 et 2; tit. CVII, § 10.

(2) Loi des Visigoths, II, 1, 19 et suiv.; VI, 5, 2; VI, 5, 19; VII, 1, 5; VII, 42. — Edit de Théodoric, 3, 4, 6, 7, 10, 50, 55, 145. — Lois de Rotharis, chap. 25. — Lois de Luitprand, chap. 27. — Loi des Alamans, tit. XLI et XLIV. — Loi des Bavarois, tit. IX, § 17 et tit. XIII, § 1 et 2.

(3) Liv. VIII, § 12 et 18; *Miracula Martini*, IV, 16 et 39; *De gloria confessorum*, 101; *De gloria martyrum*, 73.

(4) Voy. par exemple la constitution de Clotaire, chap. 1 et 6, Boretius, 18 et 19; édit de Clotaire II, chap. 12, Boretius, 22.

(5) M. Fustel de Coulanges, dans ses *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 411, croit que le comte peut toujours juger seul.

(6) Pardessus (*Loi salique*, p. 574) et beaucoup d'autres après lui, en dernier lieu Thonissen (*op. cit.*, p. 375), ne voient dans le comte qu'un directeur de procédure et un agent d'exécution. C'est aussi l'opinion de Beauchet, *op. cit.*, p. 37. — Suivant M. Beaudouin le comte juge toujours avec les rachimbourgs. Cpr. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, p. 593. Mais après avoir posé ce principe, le savant auteur y admet aussi des exceptions, même revue, année 1888, p. 200 et suiv.

(7) Voy. par exemple un édit de Gontran dans Boretius, p. 11 et 12; le pacte de Childebert et de Clotaire, cap. 18 et le décret de Childebert II, cap. 7, Boretius, p. 17.

sérieux sont ceux qui paraissent supposer que le comte juge seul. Mais on remarquera que tous ces textes parlent d'un crime commis par un particulier, découvert et poursuivi par le comte; celui-ci alors le juge seul ou tout au moins peut l'instruire seul et exécuter la condamnation. Ainsi Childebert, dans un décret, prévoit le crime de rapt et ordonne au comte de mettre le coupable à mort. Il ajoute que s'il a connaissance d'un vol, il doit se transporter au domicile du voleur, l'enchaîner et, s'il est Franc, le renvoyer devant le tribunal du roi, s'il est de condition inférieure, le pendre sur le lieu même (1). Nous admettons volontiers que dans ce décret de Childebert les coupables ne doivent pas être exécutés sans jugement; mais ce jugement est rendu et exécuté par le comte seul. Toutefois on ne rencontre aucun texte de ce genre pour les affaires civiles, ni pour les procès criminels poursuivis par des particuliers et dans lesquels il y a lieu à composition. D'autre part nous savons, d'une manière certaine, que déjà sous les Mérovingiens, la poursuite des crimes n'est plus une simple affaire d'intérêt privé. Les fonctionnaires du roi, les comtes en particulier, ont le droit et même le devoir de rechercher les délits (2). Les actions criminelles sont donc intentées soit par les particuliers, soit par les fonctionnaires royaux. Dans le premier cas, le comte et les rachimbourgs connaissent de l'affaire de la manière que nous exposerons bientôt; dans le second cas, le comte juge seul : la présence des rachimbourgs n'est pas nécessaire, car il ne s'agit plus de vider une contestation entre particuliers. Elle n'est peut-être même pas possible, puisque les rachimbourgs n'auraient pas pu être choisis par les deux adver-

(1) Voy. le décret de Childebert dans Boretius, p. 16. Il est possible que dans ce texte le mot *Francus* signifie personne de condition élevée et non pas Franc. Cpr. l'explication de ce décret dans l'article de Beaudouin, *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1888, t. XII, p. 205. Voy. aussi Grégoire de Tours, *De gloria martyrum*, I, 73.

(2) Voy. notamment le capitulaire de Clovis ajouté à la loi salique, § 9, dans Pertz, *Leges*, II, 4. — Décret de Childebert, § 8, Pertz, *Leges*, II, 10, Boretius, p. 9.

saires (1). Mais lorsqu'il existe des rachimbourgs, le comte ne partage pas avec eux le jugement de l'affaire : c'est lui qui préside et dirige la procédure sans toutefois prendre part au jugement. Celui-ci émane des seuls rachimbourgs. Nous le constaterons avec plus de détails en nous occupant des rachimbourgs et de la procédure de ce temps et nous établirons aussi que ce système s'est conservé sous les Carolingiens, avec les *scabini*. Certains textes sont formels et laissent bien voir que la sentence est l'œuvre exclusive des rachimbourgs (2) ; d'autres sont moins précis et en réalité ne tranchent pas la question : ils nous montrent bien le comte rendant la justice avec les rachimbourgs, mais sans déterminer le rôle de chacun, de même qu'aujourd'hui on parle de condamnation prononcée par la cour d'assises sans préciser la mission propre au jury et distincte cependant de celle des magistrats.

Indépendamment de ses fonctions de président du tribunal des rachimbourgs et de son droit de poursuivre les crimes, le comte avait conservé toutes les anciennes attributions qui lui appartenaient déjà autrefois dans l'administration de la justice. Ainsi il faisait arrêter les coupables (3) ; il assurait l'exécution des condamnations afflictives, prononcées contre eux (4) ; il veillait au paiement des dettes et aux mesures d'exécution qui s'y rattachaient (5).

Comme les *grafs* ne pouvaient pas remplir toutes leurs fonctions judiciaires directement, il existait dans chaque *civitas* des sagebarons (*sacebarons*, *sagibarones*), dont le nombre ne pouvait dépasser trois et qui étaient les suppléants du comte ou même l'assistaient dans ses fonctions judiciaires. Il est déjà question des sagebarons dans la loi

(1) La formule 491 de Rozière parle cependant d'un *judex* qui ouvre une procédure de flagrant délit, assisté de rachimbourgs.

(2) Voy. par exemple Rozière, form. 465 et 491. Ce sont dans le recueil de Zeumer les formules 31 et 32 de Tours.

(3) Loi salique, tit. XXXIV, § 6.

(4) *Vita sancti Amandi*, Bouquet, III, p. 533.

(5) Loi salique, tit. LIV.

salique, mais il est permis de conjecturer qu'après l'établissement des Francs en Gaule leurs fonctions se modifièrent et s'élargirent comme celles des comtes.

C'est le titre LIV de la loi salique qui s'occupe des sagebarons. Ce texte a donné lieu à une foule de controverses et on peut compter, pour ainsi dire, autant d'opinions que d'auteurs (1). Il résulte du titre LVI de la loi salique qu'au moment de la rédaction de cette loi, les sagebarons étaient des fonctionnaires royaux. Leur vie était, en effet, protégée par la triple composition propre à ceux qui avaient cette qualité. Cette preuve résulte encore de ce que le texte semble leur attribuer la qualité ordinaire de *pueri regis*. Les sagebarons étaient établis près du tribunal de chaque centurie, *in singulis mallobergis*, comme dit le texte de la loi salique ; ils ne pouvaient pas être plus de trois. Ce texte nous indique enfin une de leurs fonctions : ils pouvaient percevoir des sommes que les comtes étaient également en droit d'exiger pour le roi. La fin du texte porte, en effet que, quand les sagebarons déclarent avoir reçu le montant d'une composition, le comte ne doit plus l'exiger, les sagebarons ayant garanti la libération (2). Sohm a conclu de ce texte de la loi salique que les sagebarons étaient chargés de percevoir, dans le ressort de chaque malberg et concurremment avec le comte, la part de composition (*fredus*) attribuée au fisc royal (3). L'intérêt du fisc exigeait, en effet, que le comte ne fût pas seul chargé de veiller à la perception régulière de cette importante partie des revenus du trésor royal. Comme le comte ne résidait que dans l'une des centuries placées sous son autorité, il aurait pu très souvent ignorer les transactions conclues par les parties sans l'intervention des juges. Mais était-ce là les seules fonc-

(1) Nous avons longuement étudié cette question dans notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, p. 205. Nous renvoyons à ce passage pour ce qui concerne les textes anglo-saxons relatifs à la question.

(2) Sohm, dans son étude sur la loi salique, a en effet prouvé que *causa* signifie ici composition, amende, et que le § 3 doit être traduit comme s'il y avait : *Et si causam quæ eis solvitur factam dixerint, hæc a grafione non requiratur*, etc.

(3) *Die altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung*, t. I, p. 84 et suiv.

tions des sagebarons, comme Sohm paraît le croire? On pourrait le prétendre si le titre LIV de la loi salique avait spécialement pour objet de déterminer ces fonctions ; mais il n'en est rien. A notre avis on peut, sans témérité, affirmer que les sagebarons étaient les suppléants du comte et remplissaient, en cette qualité, les mêmes fonctions que lui. C'est ce qui résulte déjà de notre texte. Il appelle le sagebaron *abgraflo;* il exige que, pour ces fonctions, on soit ingénu et cette condition était aussi imposée au comte. Enfin il donne au sagebaron une des fonctions du comte et on ne voit pas pour quel motif ce suppléant n'aurait pas pu remplir les autres. C'est ce que viennent encore confirmer les textes de l'époque à laquelle nous sommes arrivés. Après l'établissement des Francs en Gaule, les comtes obtinrent la présidence d'un tribunal. Le mot de sagebaron disparut à peu près complétement, mais précisément parce qu'il fut remplacé par celui de *vicarius* (1). Dans les textes où on le conserva, il eut bien le sens de suppléant du comte. Ainsi les textes altérés de la loi salique nous montrent le sagebaron présidant un tribunal. Le manuscrit de Varsovie modifie de la manière suivante la fin du titre LIV de la loi salique : « *Et si causa aliqua ante illos legibus fuerit deflnita, ante graflonem eam remanere non licet.* » Cette dernière leçon a passé dans la *lex emendata* (2). Ceux qui se sont permis de pareils changements savaient bien ce qu'ils faisaient : en parlant de sagebarons, on peut le conjecturer sans témérité, ils avaient en vue les *vicarii* ou suppléants du comte.

Comme le *vicarius* était un fonctionnaire royal, certains auteurs en ont conclu qu'il était nommé par le prince, mais nous préférons cependant, d'après certains textes, décider que le *vicarius* était désigné par le comte. Cela est d'ailleurs tout naturel, puisqu'il lui servait de suppléant. Le comte nommait en effet tous les agents inférieurs de sa justice, lesquels portaient, comme les vicaires, les noms génériques et vagues

(1) Grégoire de Tours, liv. X, § 5.
(2) Tit. LVI.

de *ministri* ou *juniores*, destiné à marquer leur subordination (1).

Au-dessus des comtes étaient placés les ducs; au-dessous d'eux, les centeniers. Nous avons vu plus haut pour quelles raisons les rois mérovingiens ont créé des ducs et nous savons également que, fonctionnaires révocables du roi, ils réunissaient en leurs mains tous les pouvoirs, de même que les comtes. Aussi est-il certain que les ducs exerçaient un rôle judiciaire : ils pouvaient présider un tribunal et prononcer des condamnations. Les textes sont à la vérité peu nombreux, à cause de la rareté des duchés, mais ceux que nous possédons ne permettent aucun doute sur l'existence de ce pouvoir judiciaire au profit des ducs (2). Toutefois on en est réduit à des conjectures sur le point de savoir comment se conciliait le pouvoir judiciaire du duc avec celui des comtes. Présidait-il son propre plaid ou bien prenait-il à son gré la place du comte? Ici reparaissent les questions déjà examinées pour régler les rapports du comte avec le centenier. Cependant, il résulte bien nettement du silence des textes que le duché ne formait certainement pas un ressort judiciaire particulier; la question douteuse pour le comté, ne l'est pas pour le duché. En outre, il paraît hors de controverse aussi, que, malgré l'existence d'un duc placé au-dessus de plusieurs comtes, ceux-ci restaient néanmoins les magistrats ordinaires dans leurs *pagi* (3).

Il est certain, comme on l'a vu, que la création du pouvoir judiciaire du comte n'a pas fait disparaître le centenier ou *tunginus* de la loi salique. Ce magistrat est le chef d'une petite circonscription, la centaine, et il y rend la justice avec les rachimbourgs qu'il préside (4). En outre, le centenier semble avoir été le chef local de la nouvelle police organisée

(1) Rozière, form. 717; *Diplomata*, t. II, n° 515, p. 32. — Cpr. Édit de Gontran dans Boretius, p. 12.

(2) Marculfe, liv. I, form. 8, Zeumer, p. 47. — Grégoire de Tours, liv. IV, § 44; liv. V, § 26; liv. VIII, § 12 et 29. — *Diplomata*, t. II, n° 559, p. 372.

(3) Voy. à cet égard Sohm, *Reichs- und Gerichtsverfassung*, p. 465.

(4) Loi salique, tit. XLIV et XLVI. — Décret de Childebert de 596, cap. 9, Boretius, p. 17. — Cpr. Loi des Alamans, tit. XXXVI, Pertz, *Leges*, III, 56.

par Clotaire sous le nom de *trustis* et chargée d'assurer la paix publique, notamment en arrêtant les malfaiteurs (1).

Le centenier élu par l'assemblée du peuple comme en Germanie, suivant les uns (2), devenu, d'après d'autres, fonctionnaire royal (3), nommé par le comte ou peut-être et plus probablement, selon nous, choisi par le roi, présidait le tribunal de la centaine. On s'est demandé si le centenier était parvenu à juger comme le comte ou si au contraire son rôle n'avait subi aucun changement et consistait encore, comme au temps de la rédaction de la loi salique, exclusivement à diriger la procédure. A notre avis, il n'y a aucune raison pour admettre que les pouvoirs du centenier se soient élargis; aucun texte ne fait allusion à un changement de ce genre et les circonstances qui ont permis au comte d'acquérir un pouvoir considérable, sont tout à fait étrangères au centenier qui est resté cantonné dans l'ordre judiciaire (4). Dans tous les cas, il est certain qu'il ne s'établit aucune différence de degré entre la justice du centenier et celle du comte. Ainsi on n'appelait pas du premier au second.

La cour du centenier pouvait en principe juger toutes les causes comme celle du comte et la loi ne fixait entre elles aucune limite de compétence. Mais y avait-il déjà à cette époque certaines affaires civiles ou criminelles qui, à raison même de leur importance, échappaient à la justice du centenier et étaient réservées à celles du comte? Le fait, certain pour la période carolingienne, est douteux pour celle qui précède. Tout revient à se demander si les capitulaires qui parlent d'affaires réservées aux comtes, ont consacré une innovation ou simplement rappelé un usage antérieur. Ce

(1) Pacte de Childebert et de Clotaire, chap. 16, Boretius, p. 7.

(2) Waitz, *op. cit.*, t. II, p. 15. — Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, t. IV, p. 614. — Beauchet, *op. cit.*, p. 12.

(3) En ce sens Sohm, *Reichs- und Gerichtsverfassung*, p. 213. — Beaudouin, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, p. 507.

(4) Il va sans dire que ceux qui permettent au comte de juger d'une manière générale et dans tous les cas avec les rachimbourgs, donnent la même solution pour le centenier.

qui est certain, c'est que nous ne possédons aucun texte précis pour l'époque mérovingienne et dans le doute la plupart des auteurs se sont prononcés en faveur de l'identité de compétence.

Il n'existait pas au-dessous du tribunal de la centaine une juridiction inférieure, celle de la dizaine. Aucun texte ne nous en parle, et en supposant qu'il y ait eu des assemblées de villages à raison même de certains vestiges de la communauté agraire (1), ces assemblées n'ont jamais joué aucun rôle judiciaire (2).

Le mall du comte et celui du centenier se tenaient à des époques fixées par l'usage et il paraît bien que sous ce rapport aucun changement important ne fut introduit pendant la période mérovingienne. Nous retrouvons ici les conjectures proposées par certains auteurs pour la période précédente : les uns veulent que le *mallus legitimus* se soit tenu une fois par semaine, les autres tous les quarante jours : tous se fondent sur certains délais de procédure. Mais nous avons vu combien ces procédés sont fantaisistes.

Indépendamment des sessions ordinaires, il y avait peut-être aussi des assises extraordinaires. Le comte ou le centenier les convoquait d'office et selon son bon plaisir; il devait aussi les tenir à la demande des parties qui voulaient passer des actes solennels exigeant l'intervention de la justice (3). A ces sessions extraordinaires venaient les rachimbourgs qui avaient été spécialement convoqués. Aux sessions ordinaires, étaient appelés tous les hommes libres de la contrée, Francs ou Romains. Tous avaient, sous certaines conditions, la capacité de jouer le rôle de rachimbourgs, mais tous ne l'exerçaient pas. Nous avons déjà dit qu'il ne faut pas confondre le public, le plus souvent composé

(1) Voy. par exemple loi des Ripuaires, tit. LXXV. — Édit de Chilpéric, cap. 9, Boretius, p. 10.

(2) La dizaine a pris un rôle important en Angleterre; c'est du moins ce que nous avons essayé d'établir dans notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*.

(3) Voy. loi salique, tit. XLIV et LXVI.

d'hommes libres qui pouvaient assister à l'instruction et au jugement des procès, sans y jouer en général aucun rôle, avec les quelques rachimbourgs pris dans l'assistance pour être juges de la contestation.

## § 28. — LES RACHIMBOURGS.

C'était déjà sous les Mérovingiens un devoir pour tous les hommes libres de venir au plaid à l'appel du comte ou du centenier. Il est vrai que cette obligation n'est pas mentionnée dans la loi salique ni dans celle des Ripuaires. Mais on sait que ces lois n'ont pas pour objet de constater tous les usages des Francs. Ce devoir est au contraire très nettement consacré un peu plus tard par la loi des Alamans et par celle des Bavarois, rédigées toutes deux au VII[e] siècle ou au commencement du VIII[e] (1). Il ne parait pas que ces lois aient eu pour objet de consacrer une coutume propre à certains peuples, mais bien plutôt de rappeler un usage commun. Ce qui semble bien confirmer cette interprétation, ce sont les capitulaires carolingiens. Ces textes de loi constatent que l'obligation de venir aux plaids est très lourde pour les populations, surtout pour les petites gens qu'elle enlève à leurs travaux. Aussi les capitulaires introduisent-ils, comme nous le verrons plus tard, d'importantes innovations qui adoucissent la rigueur de cette charge : les hommes libres ne seront plus obligés de venir qu'aux plaids généraux tenus trois fois par an (2) ; on n'en appellera plus aux plaids spéciaux tenus par le comte à des époques variables; ces plaids seront exclusivement composés de scabins. On sait que des doutes ont été élevés sur l'existence de la distinction des plaids en ordinaires ou exceptionnels sous la période mérovingienne; mais quelle que soit la solution qu'on adopte sur cette question, il est certain que les capitulaires carolingiens ont sensiblement adouci l'obligation de venir

(1) Loi des Alamans, tit. XXXVI, § 4; loi des Bavarois, tit. II, § 4.

(2) Voir ce que nous disons à cet égard pour la période suivante. Cpr. dès maintenant cap. de 803, cap. 4, Boretius, p. 214.

aux plaids en la limitant aux deux ou trois assises ordinaires de l'année. Si l'on admet avec la plupart des auteurs qu'il existait à l'époque mérovingienne déjà deux sortes de plaids, les uns généraux, les autres spéciaux et qu'un nombre très limité d'hommes libres etaient seuls convoqués aux seconds, les innovations carolingiennes ont diminué l'obligation du devoir de justice en limitant le nombre des plaids généraux et en supprimant la présence des quelques hommes libres autrefois nécessaire pour constituer les plaids spéciaux. Admettons qu'à l'époque mérovingienne tous les hommes libres étaient nécessairement convoqués à tous les plaids, alors l'innovation des capitulaires carolingiens devient plus importante et diminue très sensiblement la charge d'assister aux plaids. Dans tous les cas ces réformes ne s'expliqueraient pas si l'obligation de venir aux plaids n'avait pas déjà été imposée aux hommes libres sous la période mérovingienne.

Les textes de cette époque et notamment les formules ne sont pas plus précis que la loi salique sur les conditions nécessaires pour pouvoir être rachimbourg. Nous avons vu qu'à l'époque de la loi salique tout homme libre peut remplir ces fonctions à la condition d'être *idoneus*, c'est-à-dire de jouir d'une solvabilité notoire. Parmi les formules, les unes semblent bien impliquer la règle que tout homme libre peut être en principe rachimbourg. Comment expliquer autrement celles qui désignent ces jurés sous les noms de *pagenses*, de *vicini* et les textes de certains chroniqueurs qui les appellent tout simplement des *cives?* Ces expressions seraient manifestement inexactes si la qualité de rachimbourg était réservée à certains hommes libres au lieu d'être commune à tous (1).

(1) Dans la formule 502 de Rozière (form. 13 de Bignon, dans Zeumer, p. 232), les rachimbourgs sont appelé *pagenses*. Voy. encore d'autres textes dans Zeumer, à la table alphabétique, v° *pagenses*. Dans un capitulaire de Chilpéric Ier, cap. 10 (Boretius, 10), les rachimbourgs portent le nom de *vicini*. A propos de l'affaire de Sichaire, Grégoire de Tours qui n'aimait pas les termes barbares à terminaison latine, désigne les rachimbourgs sous le nom de *cives*. Grégoire de Tours, liv. VII, § 47. Ce texte de Grégoire de Tours a donné lieu tout récemment à une très vive controverse. Dans son *Histoire des institutions*, p. 510 note 1, M. Fustel de Coulanges pense que pour cette affaire la

Cependant en sens contraire on fait remarquer que certaines formules et quelques-unes même fort anciennes montrent le comte assisté de notables, *venerabiles et magnifici viri, seniores;* de même celles qui parlent de *boni vicini, boni homines*, ont en vue ces mêmes notables et non pas tous les hommes libres quelconques (1). Enfin il résulte de Grégoire de Tours que les rachimbourgs étaient pris parmi les

justice n'avait pas été saisie et qu'il s'agissait d'un simple essai de règlement amiable tenté par l'évêque assisté du comte. Le savant auteur paraît admettre une opinion différente dans ses *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 498. « Nous ne voyons pas, dit-il, que le comte arrête le coupable; c'est l'évêque qui se charge de vider le débat. Encore n'agit-il que de concert avec le comte. Il réunit ce qu'il appelle un tribunal de citoyens, par quoi nous ne devons pas entendre une assemblée populaire des habitants de Tours, mais une sorte de tribunal de notables. Ceux qu'il nomme *cives* sont les mêmes que nos formules appellent *boni viri*. Le comte est présent; probablement il préside; mais c'est l'évêque qui est le personnage principal. » M. Monod s'est prononcé d'une façon plus accentuée dans son *Etude sur les aventures de Sichaire* (*Revue historique*, t. XXXI, p. 259 et suiv.) ; pour lui il s'agit dans ce texte de Grégoire de Tours, tout simplement du tribunal ordinaire des rachimbourgs, fonctionnant d'une manière régulière et conformément à la loi salique. M. Fustel s'est très vivement élevé contre cette interprétation dans la *Revue des questions historiques*, t. XLI, p. 5. Il a relevé avec raison certaines solutions tout à fait conjecturales de M. Monod : *cives turonici* ne signifie pas Francs, mais habitants de Tours, Francs ou Romains, et les personnages impliqués dans l'affaire de Sichaire ne sont pas nécessairement des Francs; il n'est pas fait allusion dans le récit de Grégoire de Tours à la procédure de la loi salique ni à la *mannitio;* c'est l'évêque qui, assisté du comte, a appelé les parties à un arrangement et Grégoire de Tours nous dit lui-même qu'on ne s'était pas attaché à l'application de la loi. Sur tous ces points, M. Fustel de Coulanges nous paraît avoir parfaitement raison et nous ne poursuivrons pas plus loin la controverse qui s'est continuée entre les deux savants. Voy. *Revue des questions historiques*, t. XLI, p. 540 et 549. Mais, à notre avis, il n'en reste pas moins acquis que les *cives* de ce texte, Romains ou Francs, correspondent bien à ceux qu'on appelle ordinairement des rachimbourgs. En réalité Grégoire de Tours aurait essayé d'obtenir un arrangement amiable en faisant intervenir certaines formes judiciaires, notamment l'assistance des rachimbourgs, pour lui donner plus de force. Telle est du moins l'interprétation que nous proposons, et elle a même l'avantage d'éviter toute contradiction entre ce que M. Fustel de Coulanges a écrit dans son *Histoire des institutions* et dans ses *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*. Aussi est-ce à tort, selon nous, qu'on a reproché à l'éminent historien d'avoir changé de doctrine à plusieurs reprises. Voy. Beaudouin, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, p. 618, note 1.

(1) Rozière, form. 407 et 457. Ce sont les formules d'Anjou 12 et 32 dans Zeumer, p. 9 et 14. Voy. aussi les formules 10, 29, 47 d'Anjou; dans Rozière form. 473, 482, 481. — Rozière form. 466 ; c'est la formule 51 de Sens, Zeumer, p. 207. — Rozière, form. 462, 469, 499.

hommes les plus distingués de la localité (1). Aussi certains auteurs ont-ils pensé en sens contraire du premier système que tous les hommes libres n'étaient pas aptes aux fonctions de rachimbourgs, mais seulement les notables (2). Ces deux opinions extrêmes ont le tort commun de n'expliquer qu'une partie des textes et de torturer l'autre. Selon nous, tous les hommes libres étaient en principe aptes aux fonctions de rachimbourgs; c'est ce qui résulte bien nettement des textes qui les appellent *pagenses*, *vicini*, *cives*. Nous n'entendons pas prétendre par là, qu'on le remarque bien toutefois, que tous les hommes libres présents (encore moins le public composé de personnes de conditions très diverses), prenaient part au jugement et à l'instruction du procès. Nous concluons seulement de ces termes qu'ils auraient pu être rachimbourgs si les circonstances l'avaient exigé, par exemple si le nombre des personnes présentes avait été fort limité. Certaines formules paraissent même faire allusion à ce dernier cas : elles nous disent que le procès a été jugé par les hommes libres qui se trouvaient là présents, sans ajouter aucune autre mention (3). Or on se rappelle que tous les hommes libres avaient le devoir d'assister au plaid et tous avaient aussi en principe le pouvoir d'y juger. Mais ce principe était soumis à une condition que nous indique la loi salique : les rachimbourgs devaient être *idonei*, c'est-à-dire des hommes de solvabilité notoire. Cette condition impliquait ainsi, par la force même des choses, une sorte de notabilité. A mesure que la classe des hommes libres de condition moyenne tendit à s'éteindre et que la richesse se concentra dans certaines familles aux dépens de la masse du peuple, la condition de la notabilité ne fut plus remplie que par un nombre de plus en plus limité d'hommes libres. On arriva ainsi à écarter

(1) Liv. V, § 48 et 49 ; liv. VI, § 11 et 31 ; liv. VI § 33 ; liv. VIII, § 21 et 31.

(2) Voy. en ce sens notamment Beaudouin, *La participation des hommes libres au jugement dans le droit franc*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, t. XI, p. 586 et suiv.

(3) Ainsi on lit dans les formules 39 et 41 de Tours : *ante venerabilem virum, ante illum judicem vel reliquis viris qui ibidem aderant*, Zeumer, p. 156 et 157. Ce sont les formules 478 et 484 de Rozière.

beaucoup de personnes des fonctions de rachimbourg. Le système de la loi salique n'était pourtant pas changé : tout homme libre et solvable continuait à avoir la capacité nécessaire pour être juge, mais le nombre de ces personnes diminuait sans cesse dans la classe moyenne et, d'un autre côté, il était tout naturel de préférer en fait ceux qui présentaient le plus de garantie par leur honorabilité et par leurs connaissances.

On discute aussi très vivement sur le rôle des rachimbourgs pendant la période mérovingienne. Mais nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de modifier la solution que nous avons proposée pour le temps de la rédaction de la loi salique. Ainsi il n'y a aucune analogie entre les assises du magistrat romain et celles que tenaient, suivant certains auteurs, les comtes dans les centaines. Le président de la province romaine faisait des tournées, organisait les instances et renvoyait les plaideurs devant les *recuperatores;* il était assisté dans l'exercice de ses fonctions d'un *auditorium* composé de légistes et d'hommes considérables qui l'éclairaient de leurs conseils. Mais il ne faudrait pas croire que le comte franc était semblable à un magistrat romain et que les rachimbourgs jouaient un rôle identique à celui des membres de l'*auditorium*. D'abord on ne saurait soutenir sérieusement que cette organisation de la justice franque avait subi l'influence de la civilisation romaine. Quelque attrayante que soit cette affirmation pour ceux qui nient toute influence germanique, elle vient se heurter à deux faits qu'elle ne peut expliquer : à l'époque où les Barbares s'établirent en Gaule, le système de la procédure romaine, à la suite des réformes de Dioclétien, avait subi des changements considérables; le magistrat ne se bornait plus à organiser l'instance, mais il jugeait lui-même et en outre il ne tenait plus d'assises (1). L'erreur consistant à croire que les rachim-

(1) Voy. cependant dans le sens qui assimile les rachimbourgs aux conseillers romains, Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 440 et suiv. C'est aussi l'avis de M. Dareste qui dit formellement : « Les

bourgs sont de simples conseillers avec voix consultative, tient encore à d'autres causes : on a voulu poser en principe que le comte juge seul pendant la période franque ; on a donné aux rachimbourgs, dans les affaires criminelles, la mission d'experts ou d'arbitres ; puis ensuite on s'est trouvé dans l'embarras lorsqu'il s'est agi de déterminer leurs fonctions en matière civile et on a essayé d'en sortir en donnant à ces rachimbourgs le rôle qui appartenait aux assesseurs des magistrats romains. Mais la vérité est que les rachimbourgs ne sont pas non plus, même dans les affaires criminelles, des arbitres ou des experts. Ils n'apparaissent jamais avec ce caractère dans les textes et nous rappellerons que nous ne voyons pas à quel point de vue ils auraient pu être arbitres ou experts de la composition, puisque le montant de cette composition était fixé par la loi elle-même (1).

Il ne faut pas non plus faire des rachimbourgs de véritables juges d'équité, ni même des juges dans le sens moderne du mot ; le formalisme de l'ancienne procédure s'y oppose absolument. Les rachimbourgs sont surtout chargés : de déterminer par quelle preuve la partie établira son droit ; de décider si la preuve est ou n'est pas faite ; de dire quel est le tarif qu'il faut appliquer dans les compositions. C'est en ce sens qu'ils jugent ou disent la loi, pour employer les termes

rachimbourgs n'étaient que les assesseurs et les conseillers du comte. Le comte mérovingien, siégeant avec ses rachimbourgs, tenant ses assises dans les lieux les plus importants de son ressort, rappelle le gouverneur romain avec ses assesseurs et le *mallus* pourrait bien n'être autre chose que le *conventus* du régime romain. » *Journal des savants*, année 1886, p. 725.

(1) Pour soutenir que les rachimbourgs étaient de simples arbitres, on invoque surtout une formule de Tours (Zeumer, p. 154), la formule 32 (Rozière, form. 465) où il est dit qu'au lieu de la peine de mort prononcée par la loi romaine, les rachimbourgs ont appliqué la composition. Tout ce qui résulte de ce texte, c'est une substitution de la loi barbare à la loi romaine. Ce fait s'explique facilement par l'influence d'une civilisation sur l'autre et aussi par l'usage assez répandu chez les Romains de composer sur les crimes. Voy. Esmein, *Mélanges*, p. 360. M. Beaudouin a donné une très bonne explication de cette formule 32 de Tours dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, p. 593. On trouvera dans le même travail une réfutation très complète de l'opinion qui voit dans les rachimbourgs des experts ou des arbitres.

de ce temps, *judicare, legem dicere*. Mais le nombre des textes qui nous présentent les rachimbourgs avec ce caractère de juge est si considérable, qu'on ne voit pas comment il a pu être mis sérieusement en doute (1).

D'ailleurs, ce rôle de juge n'empêchait pas les rachimbourgs d'être chargés à l'occasion d'autres missions qui tenaient plus ou moins à l'ordre judiciaire. Ainsi nous avons vu qu'ils prenaient part aux assignations, qu'ils participaient avec le comte aux saisies pour l'estimation des biens. Ils ont certainement continué à exercer ces attributions pendant la période mérovingienne. On en a la preuve par la loi ripuaire et par un capitulaire de Chilpéric qui les rappellent formellement (2).

Quant au nombre et au choix des rachimbourgs, nous ne

(1) Form. d'Anjou, 10, 12, 29, 30, 32, 47, 50; Rozière, form. 407, 457, 473, 482, 488, 489, 493. — Form. de Tours, n°s 29, 30, 31, 32, 39, 41; Rozière, form. 440, 465, 478, 484, 491. — Form. de Sens, n°s 11, 20, 51; Rozière, form. 459, 466, 470. Cpr. Capit. de Chilpéric, cap. 8, Boretius, 9. Voy. aussi Grégoire de Tours, liv. V, § 48 et *Gloria martyrum*, § 34. Nous ne citons pas le § 47 du liv. VII de Grégoire de Tours où est contenu le célèbre récit des aventure de Sichaire. Nous avons vu les controverses auxquelles il a donné lieu et on se rappelle l'explication que nous avons proposée. Mais il faut rappeler ici le titre XLVII de la loi salique (LX de la *lex emendata*) où les rachimbourgs apparaissent nettement avec le rôle de juge : il y est question de ceux qui *legem dicere noluerint* ou bien encore de ceux qui *non secundum legem judicaverint* (Pardessus, p. 32 et 316). Il existe aussi un capitulaire de Pépin de 754 ou 755 (cap. 7, Boretius, 32) où le rôle de juge est formellement attribué aux rachimbourgs. Ce capitulaire décide que si les parties ne se sont pas d'abord adressées au comte ou aux rachimbourgs, ou si l'une d'elles n'a pas voulu être jugée par eux, elle ne peut pas aller ensuite directement au tribunal du roi ; le droit d'appel n'appartient qu'autant que les rachimbourgs ont mal jugé et dans ce cas si la cour du roi reconnait l'exactitude du fait, les rachimbourgs sont tenus d'une réparation, mais en sens inverse, si l'appel est mal fondé, il leur en est dû une par l'appelant : *Si aliquis homo ad palacium venerit pro causa sua, et antea ad illum* (lisez *illius*) *comitem non innotuerit in mallo ante racemburgiis, aut de causa sua ante comite in mallo fuit ante racemburgiis, et hoc sustinere noluerit quod ipsi ei legitime judicaverint, si pro ipsis ad palacium venerit, vapuletur. Et si reclamaverit quod legem ei non judicassent, tunc licentiam habeat ad palacium venire pro ipsa causa. Et si ipsos convincere potuerit quod legem ei non judicassent, secundum legem contra ipsum emendare faciat. Et si comes vel racemburgii eum convincere potuerint quod legem ei judicassent et ipse hoc recipere noluerit, hoc contra ipsos emendare faciat.*

(2) Loi des Ripuaires, tit. XXXII (ou XXXIV), § 2 et 3; Capit. de Chilpéric Ier, 575-580, cap. 8, Boretius, 9.

voyons rien à ajouter aux observations relatives à l'époque de la rédaction de la loi salique. Ils étaient peut-être choisis par les deux plaideurs; nous manquons, comme on l'a vu, de textes directs et précis sur ce point (1). Le nombre des rachimbourgs n'était pas fixé d'une manière invariable, autrement les formules n'auraient pas manqué de nous faire connaître ce nombre. Tout dépendait donc des circonstances, de la nature de l'affaire, du nombre des personnes présentes, etc. Mais il semble bien établi qu'il existait un minimum légal sans lequel le tribunal n'aurait pas été valablement constitué; il fallait la présence de sept rachimbourgs au moins. C'est ce que nous déduisons du titre LVII de la loi salique, qui permet de mettre sept rachimbourgs en demeure de rendre la justice. Au delà de sept, le nombre des rachimbourgs était indifférent (2).

## § 29. — LES AUXILIAIRES DE LA JUSTICE.

Il nous reste, pour terminer cette énumération des magistrats de l'ordre judiciaire, à dire deux mots des auxiliaires de la justice. Quoique la procédure fût, en général, verbale et publique, on tenait cependant déjà des écritures importantes, et, sous ce rapport, on était même plus avancé qu'au moyen âge (3). Il y avait, dans les cours de justice, des fonctionnaires chargés de rédiger certains actes; ils étaient nommés par le comte et ordinairement choisis parmi les clercs. On les appelait *notarii*, *cancellarii* ou *scribæ* (4).

(1) Certains auteurs veulent que les rachimbourgs aient été choisis par le comte; d'autres par le demandeur seul, d'autres par le défendeur, d'autres encore par le comte et les plaideurs. Voy. pour les détails Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, t. IV, p. 427; Beauchet, *op. cit.*, p. 34; Beaudouin, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, p. 625, note 2.

(2) Le comte procédait aussi à la saisie assisté de sept scabins. — Waitz pense que le nombre ordinaire des rachimbourgs était de douze, *op. cit.*, t. II, p. 166. Cette opinion semble isolée et les auteurs paraissent à peu près d'accord pour admettre seulement un minimum de sept. Waitz accepte lui-même ce minimum tout en fixant le nombre ordinaire des rachimbourgs à douze.

(3) L'habitude de constater les jugements par écrit, pratiquée par les Barbares, disparut, pendant un certain temps, au commencement de la féodalité.

(4) Loi des Burgondes, præf.—Loi des Ripuaires, tit. LIX, 2 à 4; tit. LXXXVIII.

On commença par rédiger le jugement par écrit, mais seulement lorsqu'une partie le requérait après sa prononciation en public (1). Bientôt l'habitude s'introduisit de constater de cette manière l'ensemble des actes de la procédure. Mais ces écrits étaient moins des procès-verbaux revêtus d'un caractère authentique que de simples actes destinés à rappeler les faits (2). Aussi pouvait-on combattre par témoins le contenu des écrits constatant la procédure ou le jugement. A l'effet de faciliter la tâche et les souvenirs de ces témoins, on attacha aux justices des comtes, comme aux autres, des scribes appelés *cancellarii*, *notarii* (3).

Il y avait encore d'autres auxiliaires de la justice qui jouèrent un rôle beaucoup plus important au Sud que dans le Nord où se conservèrent mieux les anciennes traditions germaniques. Ces auxiliaires étaient, en général, tenus de ce service gratuit à titre de charge personnelle. Chez les Burgondes, ils s'appelaient *wittiscalci* (4); chez les Visigoths d'abord, et bientôt dans tout le sud de la Gaule, *sajones* et *missi;* dans le reste de la Gaule, *bargildi* (5). Ils devaient assister aux audiences, et leur présence était constatée après celle des rachimbourgs et avant toute autre mention dans les écrits des jugements (6).

Dans le Sud, ils étaient spécialement chargés de veiller aux assignations, d'amener en justice les criminels et d'assurer l'exécution des sentences (7).

Enfin certains textes parlent aussi du *tribunus;* mais les auteurs sont loin de s'entendre sur la nature de ce personnage. Les uns le confondent avec le centenier, et dans ce

(1) On appelait cet écrit *charta judicii, notitia, testamentum.*

(2) Loi des Ripuaires, tit. LIX. — Loi des Visigoths, II, 1, 6, 24.

(3) Capit. de 803, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 115 ; Boretius, 115.—Placit. de 781, Bouquet, V, 746. — Placit. de 783, Baluze, II, 1396.

(4) Loi des Burgondes, tit. XLIX, § 4.

(5) Loi des Visigoths, II, 1, 17 et 25 ; II, 4, 10; V, 3, 2 ; X, 2, 5. — Placit. de 867, 873, Vaissète, I, p. 118, 124. — Placit. de 844, 876, Baluze, II, 1497, 1512.

(6) Placit. de 852, Vaissète, II, p. 99.

(7) *Vita S. Amandi*, Bouquet, III, 533. — *Judicium* de 783, Baluze, II, 1396. — Placit. de 822, Vaissète, I, p. 100.

système, comme on le voit, il n'a aucune existence propre; d'autres en font un fonctionnaire royal, spécialement chargé de l'exécution des décisions judiciaires, de l'application de la peine aux condamnés et de la surveillance des prisons (1).

On discute encore aujourd'hui sur le point de savoir si ces comtes, ces centeniers, ces rachimbourgs jugeaient à la ville ou à la campagne, dans des locaux spéciaux ou à ciel ouvert. La question n'est pas bien importante et ne comporte pas à notre avis de solution absolue. Il semble que les magistrats aient préféré la ville à la campagne (2). Les capitulaires des Carolingiens sont les premiers à recommander que le tribunal siège dans un lieu clos et bien couvert, sous un toit (3). Il semble donc bien qu'auparavant la justice était fort souvent rendue en plein air, surtout à la campagne, et il aurait été difficile de procéder autrement lorsque les rachimbourgs venaient en grand nombre.

## § 30. — AUTRES JURIDICTIONS DE L'ÉPOQUE MÉROVINGIENNE.

Indépendamment de ces justices qu'on pourrait appeler royales, nous rencontrerons dans la suite, à l'époque féodale, trois autres sortes de juridictions, les justices municipales, les justices seigneuriales et les justices de l'Église. Celles-ci existent déjà sous la période franque et nous ferons connaître leur organisation en nous occupant des rapports de l'Église et de l'État. Quant aux justices municipales, elles semblent disparaître ou tout au moins s'endormir, surtout dans les

(1) Voy. en sens divers Waitz, *op. cit.*, t. II, p. 4 et suiv. — Sohm, *Reichs- und Gerichtsverfassung*, p. 230. — Beauchet, *op. cit.*, p. 219. — Fortunat nous montre dans un vers un tribun nommé par le roi Théodoric. Migne, *Patrologie latine*, t. LXXXVIII, p. 253 et Beaudouin dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, p. 508, note 2. Mais il n'est pas permis de conclure de ce texte avec certitude que chez les Francs le tribun se confondait avec le centenier et que celui-ci était nommé par le roi, car Théodoric n'est pas un roi mérovingien.

(2) Rozière, form. 472, 477, 479. — Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 388, 395, 400.

(3) Voy. par exemple Capit. de 819, cap. 16, dans Baluze, I, 603; dans Boretius, cap. 14, p. 284 : *Volumus utique, ut domus a comite in loco ubi mallum tenere debet, construatur, ut propter calorem solis et pluviam publica utilitas non remaneat.*

pays du nord. Nous avons vu que, dans les derniers temps de la période romaine, les évêques, en leur qualité de défenseurs des cités, avaient rendu les plus grands services aux municipalités; ils les avaient protégées contre les exactions des fonctionnaires impériaux, contre les dissentions intestines, contre les brutalités des Barbares. Mais après l'établissement des Francs, il n'est plus question de défenseurs des cités et bien que les évêques aient pris un rôle encore plus élevé et plus important qu'au temps des Romains, les textes ne leur donnent plus cette qualité. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux formules de Marculfe et même à celles d'Anjou qui sont antérieures d'un siècle (1). Et cependant l'autorité des évêques a sensiblement augmenté : ils sont chargés d'agir, dans certaines circonstances, de concert, avec le comte, ils surveillent ce magistrat et même dans diverses villes, comme à Reims et à Tours, ils ont le droit de le nommer (2). Mais en réalité c'est le comte qui rend la justice assisté de rachimbourgs, dans les villes comme dans les campagnes, et ainsi ont disparu les juridictions municipales. D'ailleurs la curie se maintient et conserve certaines attributions, mais au point de vue judiciaire on ne lui laisse que des actes de juridiction gracieuse.

Nous avons vu que les chartes d'immunités produisaient entre autres effets celui d'interdire aux agents du roi l'entrée du domaine pour y exercer leurs fonctions. Le comte n'avait donc pas le droit de pénétrer sur les terres de l'immuniste pour y rendre la justice. Résulte-t-il de là que les immunistes et les habitants de sa terre échappaient à la juridiction du comte? Ou bien au contraire celui-ci gardait-il le droit de juger les hommes de l'immunité à la seule condition de ne pas entrer sur le territoire privilégié? Nous avons déjà répondu à cette question et montré pour quelle raison il faut repousser la seconde solution proposée par M. Prost.

(1) Voy. par exemple form. d'Anjou, 32. Zeumer, 19. — Marculfe, liv. I, form. 27, Zeumer, 59.

(2) Voy. Varin, *Archives administratives de Reims*, t. I, p. 26.

Le bénéfice de l'immunité n'a pas pour seul effet de retirer au comte le droit de se rendre sur les terres de l'immunité, il lui enlève aussi la juridiction. Plusieurs textes très précis permettent d'affirmer que le droit de juger passe à l'immuniste, lequel rend la justice par lui-même ou par son délégué (1). Il semble bien que cette juridiction de l'immuniste porte même sur les procès criminels. Le fait n'est pas douteux pour l'époque carolingienne et, pour la période mérovingienne, il parait attesté par la constitution de Clotaire II (2).

L'immuniste rendait la justice à tous ceux qui habitaient son territoire, esclaves, libres ou demi-libres (3); il siégeait, comme le comte, entouré de rachimbourgs (4). Rien ne s'opposait à ce qu'il se fit remplacer par un agent, mais celui-ci devait être pris parmi les hommes du pays (5). Il est probable que le rôle de l'immuniste, dans sa justice, était semblable à celui du comte, au mall royal. De même le bénéfice de l'immunité n'entraînant pas suppression de la souveraineté du roi, il y avait un droit d'appel du tribunal de l'immuniste à celui du roi et d'une manière plus générale, on peut conjecturer que la justice de l'immuniste était placée, vis-à-vis du roi, dans une situation semblable à celle du comte.

Il ne faudrait pas faire rentrer dans les justices particulières que nous parcourons en ce moment, la juridiction du *domesticus* placé à la tête d'un domaine royal. Il est certain que ce fonctionnaire exerçait la juridiction domaniale sur les esclaves et sur les hommes de demi-liberté établis dans la *villa*. Mais était-il également compétent pour les procès des hommes libres qui demeuraient sur le même territoire? Pour l'époque mérovingienne, on manque de documents à cet

(1) Form. d'Anjou, 10, 11, 13, 14, 16, 24, 28, 29, 30.—Marculfe, liv. I, form. 27 dans Zeumer, p. 59. — Edit de Clotaire II de 614, § 19, Boretius, 23.

(2) Cap. 15, Boretius, 22. Mais le comte aurait le droit de répression s'il n'avait pas été exercé par l'immuniste ou ses agents.

(3) Edit de Clotaire II de 614, cap. 19, Boretius, 23.

(4) Form. d'Anjou, 10, 11, 13, 14, 16, 24, 28, 29, 30.

(5) Édit de Clotaire II de 614, cap. 19, Boretius, 23.

égard. Il est permis de faire remarquer que si les hommes libres de la *villa* avaient relevé du *domesticus* au point de vue judiciaire, on les aurait privés d'un droit important reconnu à tout homme libre, de ne dépendre que de l'assemblée judiciaire de son pays. Or aucun texte ne nous fait connaître une pareille dérogation au droit commun. Mais ne peut-on pas dire aussi, et peut-être en sens contraire, qu'il y avait des usages locaux desquels dépendait notre question? Même pour l'époque carolingienne, la solution reste douteuse et des auteurs proposent de décider que le *domesticus* ne juge pas sous Charlemagne les procès des hommes libres de la *villa* (1). Nous aurons occasion de revenir sur cette question. Disons toutefois dès maintenant qu'il nous paraît bien résulter du capitulaire *De villis* que sous Charlemagne les hommes libres sont jugés comme les autres par le *domesticus*, seulement celui-ci doit leur appliquer leur loi nationale.

(1) Voy. par exemple Beauchet, *op. cit.*, p. 483.

## CHAPITRE VIII.

## L'organisation judiciaire sous les Carolingiens.

---

### § 31.—LE TRIBUNAL DU COMTE ET CELUI DU CENTENIER.

Sous les Carolingiens, nous retrouvons encore toutes les juridictions royales qui fonctionnaient déjà pendant la période précédente, tribunal du roi, cour du comte, cour du centenier, parfois même assemblée nationale. Bien que Charlemagne s'attache plutôt à perfectionner les institutions qu'à introduire des innovations, cependant de profondes modifications pénètrent dans l'organisation judiciaire. Les derniers Mérovingiens avaient laissé tomber le pouvoir de leurs mains et leurs justices avaient perdu une grande partie de leur autorité; les comtes se permettaient trop souvent des mesures arbitraires et se conduisaient moins en fonctionnaires qu'en souverains indépendants. Les premiers Carolingiens s'efforcèrent de réorganiser l'Empire, même au point de vue de l'administration de la justice. Ils attachaient avec raison une grande importance aux fonctions judiciaires et tenaient à dominer la justice comme toute l'organisation administrative et politique. Aussi la justice était-elle placée entre les mains de fonctionnaires constitués avec une rigoureuse hiérarchie et dépendant tous du prince qui les surveillait directement ou par l'intermédiaire de ses délégués spéciaux.

Nous possédons des renseignements précieux sur le rôle de ces commissaires royaux, notamment au point de vue de l'administration de la justice, par un poème de Théodulf, Goth de naissance, évêque d'Orléans, prélat lettré, dont le nom fut célèbre au commencement du IXe siècle. Théodulf fut

envoyé en 797 ou 798, avec Leidrad, archevêque désigné de Lyon, en qualité de commissaire royal, dans le midi de la Gaule. A cette époque les *missi dominici* n'avaient pas encore reçu leur organisation régulière et définitive qui date de l'année 802; mais ils remplissaient déjà la plupart des fonctions dont ils furent chargés dans la suite. Théodulf nous les fait connaître dans sa *Paraenesis ad judices*. Dans ce poème, comme le titre même l'indique, il se propose avant tout d'inculquer aux juges l'esprit d'une bonne justice (1). Il nous dit lui-même qu'il a été épouvanté par les abus qu'il a constatés; il espère les réprimer et assurer une sage justice en rappelant les magistrats à leurs devoirs. Ils doivent avant l'audience prier Dieu de les éclairer; ils choisiront judicieusement leurs assesseurs; on appelera d'abord les causes de ceux qui habitent les contrées les plus éloignées; il ne faut ni se hâter ni trop tarder dans la procédure. Le juge ne doit se laisser corrompre ni par la faveur, ni par la haine, ni surtout par la cupidité. Il ne doit accepter aucun présent pas même ceux qu'on lui offrirait pour avoir bien jugé (2).

Quelques années après que Théodulf eût accompli sa tournée dans le midi de la Gaule, l'action des légats du prince, régulièrement organisée et exercée, devint bien plus puissante : les *missi dominici* surveillaient directement au nom du prince et dans toutes les parties de l'Empire, les fonctionnaires, notamment les comtes ; ceux-ci à leur tour, exerçaient leur contrôle sur les juridictions inférieures. Fort souvent des capitulaires rappelaient les uns et les autres à la stricte observation des lois. Les *missi dominici* formèrent ainsi, dans l'organisation judiciaire, un nouveau degré qui n'existait pas sous les périodes précédentes. De même la distinction entre la compétence du comte et celle du centenier s'accentua au profit du premier.

(1) Le titre de *Paraenesis* n'a pas été donné au poëme par Théodulf lui-même; il a été inventé par René Daniel.

(2) Voy. Monod, *Les mœurs judiciaires au* VIII[e] *siècle, d'après la* Paraenesis ad judices *de Théodulf*, dans la *Revue historique*, t. XXXV, p. 1 et suiv.

Enfin, les anciens rachimbourgs furent en général supprimés et remplacés par les *scabini* qui, nous le verrons bientôt, étaient de véritables fonctionnaires. La justice perdit ainsi le plus souvent son vieil élément populaire qu'elle avait en grande partie conservé sous les Mérovingiens : elle devint une justice purement royale. Le peuple ne se plaignit pas de cette innovation considérable; il est probable que les tribunaux placés sous la direction exclusive des fonctionnaires du roi donnèrent aux justiciables bien plus de garanties sous le rapport de la science et de l'impartialité. Le prince servait lui-même d'exemple et rendait assez souvent la justice en personne. Louis le Pieux consacrait trois jours par semaine aux affaires judiciaires (1). En 828 il décida qu'il tiendrait une audience par semaine dans son palais et l'année suivante il informa les comtes et son peuple de sa résolution (2). Hincmar considérait comme le premier devoir du roi l'obligation d'assurer au peuple une bonne administration de la justice et dans son traité *De ordine palatii* il revient à plusieurs reprises sur ce grave devoir. L'Église, de son côté, enseignait que Dieu a donné le sceptre au roi pour maintenir la paix et la justice, qu'il doit en outre protéger les déshérités et les faibles, les veuves, les orphelins, les pauvres (3). Il serait injuste d'accuser les Carolingiens d'avoir oublié cette recommandation. De nombreuses dispositions des Capitulaires rappellent sans cesse les comtes et les autres fonctionnaires royaux à l'observation d'une justice rigoureuse : ils doivent étudier soigneusement la loi, refuser les présents qu'on leur offre, ne jamais se prononcer sous l'influence de la haine ou par esprit de faveur, renoncer à la chasse et aux autres plaisirs, tenir régulièrement leurs plaids au lieu de les remettre et siéger à jeun, afin d'être maitres de leur

(1) *Vita Hludowici*, cap. 19, dans Pertz, *Scriptores*, II, 619.

(2) Pertz, *Leges*, I, p. 330. — Capit. de Worms de 829, cap. 15, dans Pertz, *Leges*, I, 352.

(3) Hincmar, *De ordine palatii*, § 2 et 6, éd. Prou, 7 et 17. — Hincmar, *Lettre à Louis le Germanique*, 12. — Du même, *De regis persona*, cap. 17 et suiv. — Alcuin, *Epistola* 11, dans la *Patrologie latine*, t. C, p. 157.

esprit (1). La loi leur recommande d'assurer la paix publique dans leurs ressorts et de poursuivre avec vigilance tous les criminels (2). Un comte manque-t-il à ses devoirs, il peut être appelé soit sur la plainte de ses justiciables, soit même d'office, pour répondre de sa conduite; il encourt la destitution et des peines sévères (3).

Sous les Carolingiens, la juridiction du comte et celle de ses suppléants, les vicomtes et les vicaires, constituent les tribunaux de droit commun par excellence. Celle du centenier conserve aussi ce caractère, mais une différence sensible s'établit et s'accentue entre ces deux sortes de juridictions. Plusieurs capitulaires, notamment ceux de 779 (cap 21) et de 797 (cap. 4) et surtout celui de 811 (cap. 3) montrent la tendance à considérer le comte comme le supérieur du centenier et surtout le *missus* comme celui du comte. Aucun texte ne dit cependant qu'on ait le droit d'appeler du centenier au comte, tandis que l'existence de ce droit d'appel du comte au *missus* n'est pas douteuse; il est formellement consacré par le capitulaire de 823 (cap. 26). Il parait donc que le tribunal du centenier et celui du comte occupent encore la même place, le même degré dans la hiérarchie judiciaire, malgré la supériorité hiérarchique du comte vis-à-vis du centenier et l'attribution spéciale de certaines affaires à la juridiction du comte, à cause de leur importance particulière.

Ces points bien établis, nous pourrons, maintenant que nous nous rendons déjà compte de la place de chacune des juridictions dans la hiérarchie judiciaire, étudier successivement le tribunal du comte ou de ses suppléants, celui du centenier et enfin celui des *missi dominici*.

(1) Capit. de 755, cap. 25, Boretius, 37. — Capit. de 789, cap. 18, Boretius, 63. — Capit. de 801-814, cap. 4, Boretius, 144. — Capit. de 801-812, Boretius, 240. — Capit. de 819, cap. 21, Boretius, 291.

(2) Voy. par exemple Capit. de 804-813, dans Boretius, 180. — Capit. de 781, cap. 10, dans Boretius, 191. — Cap. de 804-810, dans Boretius, 210.

(3) Cap. de 793, cap. 37, dans Baluze, I, 542; Boretius, cap. 5, p. 67. — Cap. de 805, cap. 12, Boretius, 124. Les récits des chroniqueurs nous montrent que ces menaces ne restaient pas sans application. Voy. Bouquet, VI, p. 77. Cpr. Beauchet, *op. cit.*, p. 191.

Enfin, les anciens rachimbourgs furent en général supprimés et remplacés par les *scabini* qui, nous le verrons bientôt, étaient de véritables fonctionnaires. La justice perdit ainsi le plus souvent son vieil élément populaire qu'elle avait en grande partie conservé sous les Mérovingiens : elle devint une justice purement royale. Le peuple ne se plaignit pas de cette innovation considérable; il est probable que les tribunaux placés sous la direction exclusive des fonctionnaires du roi donnèrent aux justiciables bien plus de garanties sous le rapport de la science et de l'impartialité. Le prince servait lui-même d'exemple et rendait assez souvent la justice en personne. Louis le Pieux consacrait trois jours par semaine aux affaires judiciaires (1). En 828 il décida qu'il tiendrait une audience par semaine dans son palais et l'année suivante il informa les comtes et son peuple de sa résolution (2). Hincmar considérait comme le premier devoir du roi l'obligation d'assurer au peuple une bonne administration de la justice et dans son traité *De ordine palatii* il revient à plusieurs reprises sur ce grave devoir. L'Église, de son côté, enseignait que Dieu a donné le sceptre au roi pour maintenir la paix et la justice, qu'il doit en outre protéger les déshérités et les faibles, les veuves, les orphelins, les pauvres (3). Il serait injuste d'accuser les Carolingiens d'avoir oublié cette recommandation. De nombreuses dispositions des Capitulaires rappellent sans cesse les comtes et les autres fonctionnaires royaux à l'observation d'une justice rigoureuse : ils doivent étudier soigneusement la loi, refuser les présents qu'on leur offre, ne jamais se prononcer sous l'influence de la haine ou par esprit de faveur, renoncer à la chasse et aux autres plaisirs, tenir régulièrement leurs plaids au lieu de les remettre et siéger à jeun, afin d'être maîtres de leur

(1) *Vita Hludowici*, cap. 19, dans Pertz, *Scriptores*, II, 619.

(2) Pertz, *Leges*, I, p. 330. — Capit. de Worms de 829, cap. 15, dans Pertz, *Leges*, I, 352.

(3) Hincmar, *De ordine palatii*, § 2 et 6, éd. Prou, 7 et 17. — Hincmar, *Lettre à Louis le Germanique*, 12. — Du même, *De regis persona*, cap. 17 et suiv. — Alcuin, *Epistola* 11, dans la *Patrologie latine*, t. C, p. 157.

esprit (1). La loi leur recommande d'assurer la paix publique dans leurs ressorts et de poursuivre avec vigilance tous les criminels (2). Un comte manque-t-il à ses devoirs, il peut être appelé soit sur la plainte de ses justiciables, soit même d'office, pour répondre de sa conduite; il encourt la destitution et des peines sévères (3).

Sous les Carolingiens, la juridiction du comte et celle de ses suppléants, les vicomtes et les vicaires, constituent les tribunaux de droit commun par excellence. Celle du centenier conserve aussi ce caractère, mais une différence sensible s'établit et s'accentue entre ces deux sortes de juridictions. Plusieurs capitulaires, notamment ceux de 779 (cap 21) et de 797 (cap. 4) et surtout celui de 811 (cap. 3) montrent la tendance à considérer le comte comme le supérieur du centenier et surtout le *missus* comme celui du comte. Aucun texte ne dit cependant qu'on ait le droit d'appeler du centenier au comte, tandis que l'existence de ce droit d'appel du comte au *missus* n'est pas douteuse; il est formellement consacré par le capitulaire de 823 (cap. 26). Il parait donc que le tribunal du centenier et celui du comte occupent encore la même place, le même degré dans la hiérarchie judiciaire, malgré la supériorité hiérarchique du comte vis-à-vis du centenier et l'attribution spéciale de certaines affaires à la juridiction du comte, à cause de leur importance particulière.

Ces points bien établis, nous pourrons, maintenant que nous nous rendons déjà compte de la place de chacune des juridictions dans la hiérarchie judiciaire, étudier successivement le tribunal du comte ou de ses suppléants, celui du centenier et enfin celui des *missi dominici*.

(1) Capit. de 755, cap. 25, Boretius, 37. — Capit. de 789, cap. 18, Boretius, 63. — Capit. de 801-814, cap. 4, Boretius, 144. — Capit. de 801-812, Boretius, 240. — Capit. de 819, cap. 21, Boretius, 291.

(2) Voy. par exemple Capit. de 804-813, dans Boretius, 180. — Capit. de 781, cap. 10, dans Boretius, 191. — Cap. de 804-810, dans Boretius, 210.

(3) Cap. de 793, cap. 37, dans Baluze, I, 542; Boretius, cap. 5, p. 67. — Cap. de 805, cap. 12, Boretius, 124. Les récits des chroniqueurs nous montrent que ces menaces ne restaient pas sans application. Voy. Bouquet, VI, p. 77. Cpr. Beauchet, *op. cit.*, p. 191.

Enfin, les anciens rachimbourgs furent en général supprimés et remplacés par les *scabini* qui, nous le verrons bientôt, étaient de véritables fonctionnaires. La justice perdit ainsi le plus souvent son vieil élément populaire qu'elle avait en grande partie conservé sous les Mérovingiens : elle devint une justice purement royale. Le peuple ne se plaignit pas de cette innovation considérable; il est probable que les tribunaux placés sous la direction exclusive des fonctionnaires du roi donnèrent aux justiciables bien plus de garanties sous le rapport de la science et de l'impartialité. Le prince servait lui-même d'exemple et rendait assez souvent la justice en personne. Louis le Pieux consacrait trois jours par semaine aux affaires judiciaires (1). En 828 il décida qu'il tiendrait une audience par semaine dans son palais et l'année suivante il informa les comtes et son peuple de sa résolution (2). Hincmar considérait comme le premier devoir du roi l'obligation d'assurer au peuple une bonne administration de la justice et dans son traité *De ordine palatii* il revient à plusieurs reprises sur ce grave devoir. L'Église, de son côté, enseignait que Dieu a donné le sceptre au roi pour maintenir la paix et la justice, qu'il doit en outre protéger les déshérités et les faibles, les veuves, les orphelins, les pauvres (3). Il serait injuste d'accuser les Carolingiens d'avoir oublié cette recommandation. De nombreuses dispositions des Capitulaires rappellent sans cesse les comtes et les autres fonctionnaires royaux à l'observation d'une justice rigoureuse : ils doivent étudier soigneusement la loi, refuser les présents qu'on leur offre, ne jamais se prononcer sous l'influence de la haine ou par esprit de faveur, renoncer à la chasse et aux autres plaisirs, tenir régulièrement leurs plaids au lieu de les remettre et siéger à jeun, afin d'être maitres de leur

(1) *Vita Hludowici*, cap. 19, dans Pertz, *Scriptores*, II, 619.

(2) Pertz, *Leges*, I, p. 330. — Capit. de Worms de 829, cap. 15, dans Pertz, *Leges*, I, 352.

(3) Hincmar, *De ordine palatii*, § 2 et 6, éd. Prou, 7 et 17. — Hincmar, *Lettre à Louis le Germanique*, 12. — Du même, *De regis persona*, cap. 17 et suiv. — Alcuin, *Epistola* 11, dans la *Patrologie latine*, t. C, p. 157.

esprit (1). La loi leur recommande d'assurer la paix publique dans leurs ressorts et de poursuivre avec vigilance tous les criminels (2). Un comte manque-t-il à ses devoirs, il peut être appelé soit sur la plainte de ses justiciables, soit même d'office, pour répondre de sa conduite; il encourt la destitution et des peines sévères (3).

Sous les Carolingiens, la juridiction du comte et celle de ses suppléants, les vicomtes et les vicaires, constituent les tribunaux de droit commun par excellence. Celle du centenier conserve aussi ce caractère, mais une différence sensible s'établit et s'accentue entre ces deux sortes de juridictions. Plusieurs capitulaires, notamment ceux de 779 (cap 21) et de 797 (cap. 4) et surtout celui de 811 (cap. 3) montrent la tendance à considérer le comte comme le supérieur du centenier et surtout le *missus* comme celui du comte. Aucun texte ne dit cependant qu'on ait le droit d'appeler du centenier au comte, tandis que l'existence de ce droit d'appel du comte au *missus* n'est pas douteuse; il est formellement consacré par le capitulaire de 823 (cap. 26). Il parait donc que le tribunal du centenier et celui du comte occupent encore la même place, le même degré dans la hiérarchie judiciaire, malgré la supériorité hiérarchique du comte vis-à-vis du centenier et l'attribution spéciale de certaines affaires à la juridiction du comte, à cause de leur importance particulière.

Ces points bien établis, nous pourrons, maintenant que nous nous rendons déjà compte de la place de chacune des juridictions dans la hiérarchie judiciaire, étudier successivement le tribunal du comte ou de ses suppléants, celui du centenier et enfin celui des *missi dominici*.

(1) Capit. de 755, cap. 25, Boretius, 37. — Capit. de 789, cap. 18, Boretius, 63. — Capit. de 801-814, cap. 4, Boretius, 144. — Capit. de 801-812, Boretius, 240. — Capit. de 819, cap. 21, Boretius, 291.

(2) Voy. par exemple Capit. de 804-813, dans Boretius, 180. — Capit. de 781, cap. 10, dans Boretius, 191. — Cap. de 804-810, dans Boretius, 210.

(3) Cap. de 793, cap. 37, dans Baluze, I, 542; Boretius, cap. 5, p. 67. — Cap. de 805, cap. 12, Boretius, 124. Les récits des chroniqueurs nous montrent que ces menaces ne restaient pas sans application. Voy. Bouquet, VI, p. 77, Cpr. Beauchet, *op. cit.*, p. 191.

Enfin, les anciens rachimbourgs furent en général supprimés et remplacés par les *scabini* qui, nous le verrons bientôt, étaient de véritables fonctionnaires. La justice perdit ainsi le plus souvent son vieil élément populaire qu'elle avait en grande partie conservé sous les Mérovingiens : elle devint une justice purement royale. Le peuple ne se plaignit pas de cette innovation considérable; il est probable que les tribunaux placés sous la direction exclusive des fonctionnaires du roi donnèrent aux justiciables bien plus de garanties sous le rapport de la science et de l'impartialité. Le prince servait lui-même d'exemple et rendait assez souvent la justice en personne. Louis le Pieux consacrait trois jours par semaine aux affaires judiciaires (1). En 828 il décida qu'il tiendrait une audience par semaine dans son palais et l'année suivante il informa les comtes et son peuple de sa résolution (2). Hincmar considérait comme le premier devoir du roi l'obligation d'assurer au peuple une bonne administration de la justice et dans son traité *De ordine palatii* il revient à plusieurs reprises sur ce grave devoir. L'Église, de son côté, enseignait que Dieu a donné le sceptre au roi pour maintenir la paix et la justice, qu'il doit en outre protéger les déshérités et les faibles, les veuves, les orphelins, les pauvres (3). Il serait injuste d'accuser les Carolingiens d'avoir oublié cette recommandation. De nombreuses dispositions des Capitulaires rappellent sans cesse les comtes et les autres fonctionnaires royaux à l'observation d'une justice rigoureuse : ils doivent étudier soigneusement la loi, refuser les présents qu'on leur offre, ne jamais se prononcer sous l'influence de la haine ou par esprit de faveur, renoncer à la chasse et aux autres plaisirs, tenir régulièrement leurs plaids au lieu de les remettre et siéger à jeun, afin d'être maitres de leur

(1) *Vita Hludowici*, cap. 19, dans Pertz, *Scriptores*, II, 619.

(2) Pertz, *Leges*, I, p. 330. — Capit. de Worms de 829, cap. 15, dans Pertz, *Leges*, I, 352.

(3) Hincmar, *De ordine palatii*, § 2 et 6, éd. Prou, 7 et 17. — Hincmar, *Lettre à Louis le Germanique*, 12. — Du même, *De regis persona*, cap. 17 et suiv. — Alcuin, *Epistola* 11, dans la *Patrologie latine*, t. C, p. 157.

esprit (1). La loi leur recommande d'assurer la paix publique dans leurs ressorts et de poursuivre avec vigilance tous les criminels (2). Un comte manque-t-il à ses devoirs, il peut être appelé soit sur la plainte de ses justiciables, soit même d'office, pour répondre de sa conduite; il encourt la destitution et des peines sévères (3).

Sous les Carolingiens, la juridiction du comte et celle de ses suppléants, les vicomtes et les vicaires, constituent les tribunaux de droit commun par excellence. Celle du centenier conserve aussi ce caractère, mais une différence sensible s'établit et s'accentue entre ces deux sortes de juridictions. Plusieurs capitulaires, notamment ceux de 779 (cap 21) et de 797 (cap. 4) et surtout celui de 811 (cap. 3) montrent la tendance à considérer le comte comme le supérieur du centenier et surtout le *missus* comme celui du comte. Aucun texte ne dit cependant qu'on ait le droit d'appeler du centenier au comte, tandis que l'existence de ce droit d'appel du comte au *missus* n'est pas douteuse ; il est formellement consacré par le capitulaire de 823 (cap. 26). Il paraît donc que le tribunal du centenier et celui du comte occupent encore la même place, le même degré dans la hiérarchie judiciaire, malgré la supériorité hiérarchique du comte vis-à-vis du centenier et l'attribution spéciale de certaines affaires à la juridiction du comte, à cause de leur importance particulière.

Ces points bien établis, nous pourrons, maintenant que nous nous rendons déjà compte de la place de chacune des juridictions dans la hiérarchie judiciaire, étudier successivement le tribunal du comte ou de ses suppléants, celui du centenier et enfin celui des *missi dominici*.

(1) Capit. de 755, cap. 25, Boretius, 37. — Capit. de 789, cap. 18, Boretius, 63. — Capit. de 801-814, cap. 4, Boretius, 144. — Capit. de 801-812, Boretius, 240. — Capit. de 819, cap. 21, Boretius, 291.

(2) Voy. par exemple Capit. de 804-813, dans Boretius, 180. — Capit. de 781, cap. 10, dans Boretius, 191. — Cap. de 804-810, dans Boretius, 210.

(3) Cap. de 793, cap. 37, dans Baluze, I, 542; Boretius, cap. 5, p. 67. — Cap. de 805, cap. 12, Boretius, 124. Les récits des chroniqueurs nous montrent que ces menaces ne restaient pas sans application. Voy. Bouquet, VI, p. 77. Cpr. Beauchet, *op. cit.*, p. 191.

et l'autre plaid, le petit comme le grand, car il avait la plénitude de juridiction dans tout son ressort (1). Le même droit appartenait au vicomte, suppléant du comte dans tout le comté et même au vicaire, si l'on admet que ses fonctions étaient semblables à celles du vicomte, mais dans un ressort moins étendu (2). Quant au centenier, il est certain qu'il pouvait tenir et présider le petit plaid; c'était même là son rôle ordinaire (3). Mais avait-il aussi le rôle de président du grand plaid? Un capitulaire de 803, cap. 4, semble le lui attribuer (4). Pour écarter ce texte embarrassant, les auteurs décident que le capitulaire a en vue le cas où le centenier agit *vice comitis*, comme représentant du comte (5). Mais cette explication se heurte à deux objections : d'abord le centenier est très rarement le délégué du comte; ce rôle est surtout réservé au vicomte ou au vicaire et dès lors c'est à eux que le capitulaire aurait dû bien plutôt s'adresser, ou mieux encore au comte lui-même; c'est qu'en effet ici se présente la seconde objection, la disposition du capitulaire ne s'explique pas si l'on suppose que le centenier n'agit pas pour son propre compte; le capitulaire aurait dû régulièrement rappeler au comte la défense de tenir plus de trois plaids généraux par an et ajouter qu'en conséquence il ne doit pas permettre au centenier de les présider plus souvent en son nom. Aussi parait-il bien résulter, à notre avis, de ce texte qu'il y avait des plaids généraux du centenier indépendamment de ceux du comte. Mais d'ailleurs le centenier n'y pou-

(1) Capit. de 817, cap. 14, Boretius, 284; Capit. de 821, cap. 5, Boretius, 301.

(2) Voy. ce que nous avons dit dans le tome II, p. 478 et 479.

(3) Capit. de 819, cap. 14, Boretius, 290.

(4) Capit. de 803, cap. 4 : « *Et centenarii generalem placitum frequentius non habeant propter pauperes; sed cum illos super quos clamant injuste patientes et cum majoribus natu et testimoniis necessariis frequenter placitum teneant; ut hi pauperes qui nullam causam ibidem non habeant non cogantur in placitum venire nisi bis aut ter in anno.* » Boretius, 214. La date de 803 attribuée à ce capitulaire est contestée par Boretius; cet auteur prétend qu'on ne peut pas fixer d'une manière précise l'époque à laquelle ce capitulaire a été promulgué.

(5) Beauchet, *op. cit.*, p. 156. — Beaudouin, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, t. XI, p. 574.

vait juger que les affaires de sa compétence ordinaire. Il est possible que ce capitulaire de date incertaine ait été fait à une époque où l'institution des scabins n'était pas encore régulièrement organisée et bientôt après ces plaids généraux du centenier auraient disparu, car il n'en est plus question dans aucun texte.

Le grand plaid ou plaid ordinaire se tenait dans un lieu consacré par l'usage et où les hommes libres avaient l'habitude de se réunir; c'était au contraire le comte qui, suivant les circonstances, désignait l'endroit où s'ouvrait un plaid particulier (1). Le plaid ordinaire avait, en principe, d'après certains auteurs, une durée légale de trois jours au minimum; dans tous les cas, il est certain que le plaid particulier cessait dès que les affaires pour lesquelles il avait été convoqué avaient été expédiées (2). Le premier n'était pas seulement une assemblée judiciaire; il formait encore et il était surtout une réunion politique. Aussi était-ce dans les grands plaids que le peuple exerçait son pouvoir législatif; il y était consulté sur les changements que les capitulaires se proposaient d'apporter aux *Leges* (3). Tous les hommes libres devaient en principe se rendre au plaid ordinaire; c'était là qu'on prêtait le serment de fidélité, et que les nouveaux capitulaires étaient promulgués (4). C'est une erreur de dire que les hommes libres propriétaires d'immeuble étaient seuls appelés au *placitum generale*. Aucun texte ne le décide formellement et ceux qui admettent cette doctrine sont obligés de se fonder sur un argument d'analogie tiré des capitulaires qui exigent la qualité de propriétaire d'immeubles pour pouvoir être témoin dans un procès relatif à un bien-fonds (5); mais l'analogie n'existe pas. Cette condition requise des témoins a en effet

(1) Capit. de 809, cap. 13, Boretius, 149. — Capit. de 818-819, cap. 14, Boretius, 284. — Capit. de 853, cap. 7, Baluze, II, 55.

(2) Edit de Pistes de 864, cap. 42, Pertz, *Leges*, I, 496. — Cpr. Rozière, form. 366.

(3) Capit. de 803, cap. 19, Boretius, 116.

(4) Capit. de 786, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 51. — Capit. de Worms de 829, Baluze, I, 673.

(5) Voy. Capit. de 829, cap. 6, Baluze, I, 829; Pertz, *Leges*, I, 354.

seulement pour objet d'assurer le recouvrement de l'amende encourue en cas de déposition mensongère (1). Certains textes s'occupent directement de notre question et disent en termes formels que tous les hommes libres doivent être convoqués sans aucune distinction : « *Omnes quicumque sine ulla personarum exceptione vel excusatione aut dilatione conveniant* (2); *ad illa placita omnis homo qui placitum custodire debet et in illis comitatibus commanet sine exceptione et excusatione, conveniat* (3). » Sans doute dans ces deux textes il est question d'assemblées où les lois étaient publiées; mais c'était, à notre avis, dans ces réunions aussi qu'étaient jugés certains procès. Il vaut donc mieux décider que les hommes libres du comté devaient se rendre au plaid et on appartenait à un comté toutes les fois qu'on y était domicilié, même si on n'y possédait pas d'immeubles, ou si l'on y était propriétaire d'immeubles, même sans y avoir son domicile (4).

Celui qui ne se rendait pas au plaid encourait une amende pour violation du ban du comte (5). Cette obligation commençait à l'âge de douze ans, suivant la tradition germanique (6). Nous avons vu combien cette obligation d'assister au plaid était lourde pour les populations, surtout pour les hommes d'une condition peu élevée. A l'effet de donner satisfaction aux plaintes générales, les Carolingiens se décidèrent à l'al-

(1) C'est dans le même but que plusieurs lois barbares exigent de tout témoin dans un procès quelconque, une certaine fortune en meubles ou immeubles. Voy. par exemple loi des Bavarois, tit. XVI, cap. 1, § 2. — Lois des Luitprand, chap. 62. Ceux qui permettent aux possesseurs de terre seuls de prendre part au plaid général partent de ce principe que la possession de la terre confère la qualité d'homme libre au point de vue du droit public franc. Voy. en ce sens Waitz, *op. cit.*, t. II, p. 143 et t IV, p. 368. Dans le sens de notre solution : Beauchet, *op cit.*, p. 146; Beaudouin, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, t. XI, p. 568.

(2) Capit. de Kiersy de 857, Pertz, *Leges*, I, 452.

(3) Conv. de Saint-Quentin, Pertz, *Leges*, I, 456.

(4) Argument du Capit. de 786, cap. 2, Boretius, 67. — Capit. de 857, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 452.

(5 Capit. de 781-810, cap. 12, Boretius, 207. — *Consultatio* de 855, cap. 14, Pertz, *Leges*, I, 432. — Loi des Alamans, XXXVI, 4. — Loi des Bavarois, II, 15.

(6) Tacite, *Germanie*, § 13. — Cap. *Missorum* de 786 ou 792, cap. 4, Boretius, 67.

léger sensiblement, d'abord en limitant le nombre des plaids généraux à deux ou trois, comme nous l'avons vu, ensuite en décidant qu'aux plaids particuliers on appellerait seulement les plaideurs, les scabins et les témoins. Toute cette réforme est clairement résumée dans un capitulaire de 823 : « *Neque cogantur* (*liberæ personæ*) *ad placita venire præter ter in anno, sicut in capitulare continetur, excepto scabinis et causatoribus et testibus necessariis* (1). » D'ailleurs la réforme était bien plus ancienne et remontait aux dernières années du VIIIe siècle ou aux premières du IXe (2). Il en résulta ainsi une nouvelle différence entre les grands et les petits plaids; tous les hommes libres continuaient à être appelés aux premiers comme par le passé; quant aux petits plaids, les uns veulent qu'autrefois tous y aient aussi pris part, tandis que dans une opinion mieux fondée, à notre avis, on n'y convoquait seulement certains hommes libres; mais il n'en est pas moins établi que ces hommes libres, quel qu'ait été autrefois leur nombre, furent désormais remplacés par les scabins.

Les dispenses d'assister au plaid général continuaient à être fort rares; on en accordait cependant aux clercs, à ceux qui étaient préposés à la garde des frontières, à ceux qui avaient entrepris un long voyage, aux personnes attachées au palais du prince; d'autres étaient frappées d'incapacité, notamment les mineurs, les condamnés à mort qui avaient obtenu leur grâce (3).

(1) Capit. de 823, cap. 2, Boretius, 320.

(2) Capit. de date incertaine, cap. 4, Boretius, 214; Capit. de 805, cap. 16, Boretius, 125; Cap. de 801-810, cap. 14, Boretius, 210; Capit. de 819, cap. 14, Boretius, 290.

(3) Voy. sur ces différents points secondaires pour plus de détails, Beauchet, *op. cit.*, p. 151. Nous relèverons seulement les textes suivants relatifs aux clercs : Capit. de 755, cap. 18, Boretius, 36; Capit. de 789, cap. 73, Boretius, 60; Capit. de 789, cap. 30, Boretius, 64; Capit. de 794, cap. 11, Boretius, 75. Il ne faudrait pas conclure de ces textes que les clercs fussent incapables d'assister aux plaids. Les formules plus ou moins impératives qu'ils emploient s'inspirent du droit canonique qui, déjà à cette époque, défendait aux clercs de prendre part aux procès dans les tribunaux laïques. Ce qui prouve bien qu'il s'agit pour les clercs d'une dispense et non d'une incapacité, c'est que la présence d'abbés, de moines, d'évêques est mentionnée dans certains plaids

Quant à la question de savoir quel était le rôle des hommes libres dans les plaids généraux, après l'institution des scabins, elle est fort délicate. D'après l'opinion générale, les hommes libres continuaient à juger dans les grands plaids comme autrefois ; les scabins n'existaient pas pour ces assises et s'ils y siégeaient, c'était en qualité d'hommes libres. Cette solution a toutefois été contestée. Nous aurons occasion d'étudier cette controverse en nous occupant des scabins. Constatons dès maintenant que même en retirant aux hommes libres le rôle de juge dans les plaids ordinaires, on peut encore expliquer leur présence. D'abord c'est dans ces plaids que continuent à se discuter les modifications qui peuvent être apportées à certains usages et que sont publiés les capitulaires. Ensuite, même au point de vue judiciaire, les hommes libres peuvent rendre de sérieux services à des titres très divers, notamment comme témoins, experts, etc. C'est qu'en effet dans ces plaids généraux on juge surtout les affaires qui intéressent plus ou moins toute la contrée et pour lesquelles les habitants peuvent donner d'utiles renseignements, procès criminels qui peuvent conduire à l'application d'une peine publique, difficultés relatives à la liberté. Quant aux contestations purement civiles, d'un intérêt surtout privé, elles sont nécessairement portées au petit plaid où, comme on le sait, ne viennent plus les hommes libres et on doit faire rentrer dans cette catégorie les causes nées de délits qui donnent lieu à l'application d'une composition.

Il ne faut pas confondre ces différences au point de vue de la compétence entre le plaid général et le plaid particulier avec celles qui existent entre le comte et le centenier. En principe, la cour de la centaine peut juger tous les procès comme celle du comte. Toutefois, par exception, certaines affaires doivent être nécessairement portées à cette dernière : les questions de liberté, les affaires criminelles don-

généraux. Voy. Beauchet, *op. cit.*, p. 152; Beaudouin, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, t. XI, p. 569.

nant lieu à l'application d'une peine et non à une composition, enfin les procès relatifs à la propriété immobilière ou à la revendication d'esclaves (1). Ces deux premières espèces de contestations sont nécessairement portées, comme on vient de le voir, devant le *placitum generale;* mais les procès concernant les immeubles sont jugés aussi bien dans un plaid particulier que dans un plaid général, pourvu que le comte soit présent. Lorsque les affaires criminelles sont très nombreuses, les comtes peuvent-ils tenir des grands plaids supplémentaires? On l'a soutenu et on a même prétendu que ces magistrats abusaient de ce droit Mais cette opinion nous paraît en contradiction manifeste avec les dispositions précises qui interdisent de tenir plus de trois plaids généraux par an. Ce qui est certain, c'est que de bonne heure on essaya de disputer au comte ce privilège de connaître seul les affaires criminelles où il y allait de la perte de la vie ou de la liberté. Ce furent surtout les seigneurs qui s'efforcèrent d'attirer à eux un certain nombre de contestations de cette nature et pour empêcher ces empiétements, un capitulaire de Charles le Chauve décida que trois crimes seraient nécessairement réservés à la justice du comte, le meurtre, l'incendie et le rapt (2).

Le tribunal du comte est donc, bien plus encore que celui du centenier, la juridiction de droit commun. Les textes nous le présentent toujours avec ce caractère. Ceux qui parlent du *mallus* ont en vue par ce terme la cour du comte, comme formant la juridiction par excellence. De même d'autres disent *venire ad placitum*, c'est-à-dire se présenter devant le comte. Quant au rôle de ce magistrat, de son sup-

(1) Capit. de 811-813, cap. 4, Boretius, 176 : « *Ut nullus homo in placito centenarii neque ad mortem, neque ad libertatem suam amittendam, aut ad res reddendas vel mancipia judicetur, sed ista aut in præsentia comitis vel missorum nostrorum judicentur.* » Cpr. Capit. de 810, cap. 3; Capit. Lombard, cap. 14; Capit. de Louis le Pieux de date incertaine, cap. 3, Boretius, 153, 210, 315. M. Beauchet a longuement discuté cette controverse, *op. cit.*, p. 233 et suiv.

(2) *Præceptum confirmationis pro Hispanis qui in regno Caroli Calvi morabantur,* anno 844, cap. 3, dans Walter, III, 19.

pléant ou du centenier, est-il resté ce qu'il était sous les Mérovingiens ou s'est-il modifié? Le comte, le centenier jugent-ils avec les scabins ou se bornent-ils à diriger la procédure et à présider les débats? C'est un point sur lequel nous reviendrons bientôt.

Indépendamment de ces fonctions, le comte est encore chargé d'un grand nombre d'autres attributions en matière judiciaire. C'est lui qui procède aux mesures d'exécution lorsque le condamné ne veut pas se soumettre volontairement à la sentence ou s'il est absent (1). Il veille notamment à ce que la composition, en cas de délit, soit payée à la victime ou à ses héritiers; si le condamné a encouru une peine corporelle, il la fait appliquer (2). Le condamné a-t-il interjeté appel, il doit être sursis à l'exécution, mais le coupable ne saurait réclamer sa mise en liberté, à moins qu'il ne fournisse caution suffisante (3). Dans aucun cas le comte ne peut modifier l'application de la sentence : il n'a pas le droit d'aggraver la peine, mais il ne peut pas non plus faire grâce en totalité ou en partie (4). En matière civile, le condamné peut éviter les mesures d'exécution forcée, soit en se soumettant tout de suite à la condamnation et par exemple en payant la somme d'argent pour laquelle il a été reconnu débiteur, soit en promettant d'exécuter un jour le jugement dans la formule solennelle des contrats et avec le consentement du gagnant (5). Si le condamné est un contumace, le comte peut prononcer le décret de forbannissement ou de mise hors la loi (6). Celui qui donne asile à une personne ainsi frappée par le comte, encourt une amende de 15 sous (7).

(1) Capit. de 818-819, cap. 11, Boretius, 283. — Capit. de 825, cap. 2 et 3, Boretius, 330. — Voy. aussi l'édit de Pistes de 864, cap. 6 et 7.

(2) Voy. par exemple Capit. de 779, cap. 11, dans Boretius, 49. — Capit. de 822-823, cap. 4, Boretius. 318.

(3) Capit. de 803, cap. 4, Boretius, 115. — Acte du concile de Douze, dans le supplément de Sirmond, p. 204.

(4) Capit. de 801-813, cap. 13, Boretius, 171.

(5) Meichelbeck, *Historia Frisigensis*, n° 117. — *Placitum* de 870, dans Vaissète, *Histoire générale du Languedoc*, t. I, n° 95, p. 122.

(6) Capit. de 809, cap. 4, Pertz, *Leges*, 188. — Edit de Pistes de 864, cap. 6.

(7) Capit. de 809, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 155; Boretius, 148.

C'est là une importante extension donnée aux droits du comte, car sous les Mérovingiens nous avons vu que le contumace devait être actionné devant la cour du roi et il en résultait que la mise hors la loi ne pouvait être prononcée que par le prince (1). Mais aussi celui qui donnait asile à une personne mise hors la loi par ordre du roi, encourait une amende de 60 sous (2). On voit par cette différence dans le taux de l'amende que le ban du comte était inférieur à celui du roi; mais il ne faudrait pas croire qu'il eût nécessairement pour sanction une amende de 15 sous. Cette amende était parfois plus élevée; pour en fixer le montant, on s'attachait toujours à la loi du comte et non pas à celle du contrevenant (3). Dans des cas assez nombreux, mais tous exceptionnels, l'amende encourue pour violation du ban du comte, était la même que s'il s'était agi du ban du roi; elle s'élevait à 60 sous (4), notamment pour la poursuite des criminels, pour le recouvrement des impôts royaux, pour assurer la comparution d'un clerc devant le tribunal de l'évêque, pour empêcher certaines personnes d'en priver d'autres du droit d'agir en justice, pour amener la comparution de divers coupables devant le tribunal du roi (5). Par ce procédé, on garantissait mieux le maintien de la paix publique dans le royaume et l'autorité du comte apparaissait plus puissante aux populations. Mais

(1) Loi salique, tit. LIX. — Edit de Chilpéric, cap. 10, Boretius, 10.

(2) Capit. de 754-755, cap. 1, Boretius, 31.

(3) Capit. de 802, cap. 48 et 47, Boretius, 104. D'après un Capit. de 803, cap. 2, Boretius, 113, l'amende est doublée et on la porte de 15 à 30 sous contre celui qui refuse pour la seconde fois de livrer un coupable. En Saxe le ban du comte pouvait s'élever parfois jusqu'à soixante sous, probablement à cause de la sévérité de la conquête. Capit. de 775-790, cap. 31, Boretius, 70. D'après la loi des Alamans, tit. XXVIII, le ban ordinaire du comte est de six sous; celui du centenier descend à trois et celui du duc s'élève à douze.

(4) On exprime parfois cette idée en disant que, dans ces cas, le comte acquiert le droit de contraindre par le ban royal. Mais cette formule, empruntée aux auteurs allemands, nous paraît obscure.

(5) Capit. de Pépin, date incertaine, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 31, Boretius, 31. — Capit. de 779, cap. 9, Pertz, *Leges*, I, 36; Boretius, 47. — Capit. de 785, cap. 24, Pertz, *Leges*, I, 49; Boretius, 70. — Capit. de 813, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, 188 ; Boretius, 171. — Capit. de 819, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 227; Boretius, 295. — Synode de 853, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 420. — Edit de Pistes de 864, cap. 28, Pertz, *Leges*, I, 495.

cette extension du pouvoir des comtes se retourna contre la royauté lorsque ces magistrats essayèrent de se rendre indépendants.

Enfin un dernier pouvoir important du comte était sans contredit celui de poursuivre les criminels, sauf à les juger ensuite ou à les renvoyer à la cour des *missi*. Nous avons vu que sous les Mérovingiens, ce soin d'assurer la paix publique par la poursuite des voleurs, homicides et autres criminels, avait été confié à une sorte de gendarmerie locale. Mais Charlemagne supprima cette *trustis*, soit qu'elle eût dégénéré, soit qu'il la considérât comme une institution de nature à affaiblir le pouvoir central (1). Les Carolingiens préférèrent concentrer le droit de poursuite entre les mains des agents royaux. C'étaient surtout les comtes qui devaient l'exercer (2). Le même droit appartenait aussi aux *missi dominici;* de plus, à l'exemple des évêques dans leurs tournées pastorales, les *missi* tenaient des réunions auxquelles ils convoquaient les hommes les plus honorables de la contrée et les sommaient, en exécution de la fidélité qu'ils devaient au roi, de dénoncer les crimes parvenus à leur connaissance (3). Le même droit a été reconnu aux comtes en Italie pour découvrir les homicides, les vols, les adultères, les unions contraires à la loi (4). On a prétendu que le capitulaire de Worms a étendu la même attribution aux comtes des autres parties de l'Empire; mais à notre avis la disposition invoquée à l'appui de cette solution n'a pas cette portée; elle se borne à faire allusion au droit d'enquête qui appartient aux *missi dominici*, mais non pas aux comtes (5).

(1) Capit. de 779, cap. 14, Pertz, *Leges*, I, 37; Boretius, 50.

(2) Capit. de 789, cap. 69, Boretius, 59. — Capit. de 781, cap. 10, Boretius, 191. — Capit. de 801-810, Boretius, 210.

(3) Capit. de 828, cap. 3, Pertz, I, 328.

(4) Capit. de 782-786, cap. 8, Boretius, 192. — Capit. de 850, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 406.

(5) Capit. de Worms de 829, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 351 : « *Ut in omni comitatu hi qui meliores et veratiores inveniri possunt, eligantur a missis nostris ad inquisitiones faciendas et rei veritatem dicendam; et ut adjutores comitum sint ad justitias faciendas.* » En notre sens, Beethmann Hollweg, *Der Civilprocess des gemeinen Rechts*, t. V, p. 98.— Brunner, *Zeugen und Inquisi-*

Dans l'exercice de leur droit de poursuite, comme dans leurs autres fonctions judiciaires, les comtes sont assistés ou secondés par leurs subordonnés, les vicomtes, les vicaires, les centeniers ; ceux-ci doivent s'enquérir de toutes les infractions commises dans leur ressort et en dénoncer les auteurs au comte ou aux *missi dominici* (1). Il n'est d'ailleurs pas nécessaire de revenir ici sur les vicomtes et les vicaires. En nous occupant de l'organisation générale de l'Empire, nous avons vu comment ils sont nommés et nous avons recherché quelle est la nature de leurs fonctions. Les vicomtes et les vicaires sont des suppléants du comte ; les uns dans tout le comté, les autres dans une centaine déterminée. Mais il faudra nous arrêter un instant aux centeniers qui jouissent encore d'une juridiction propre sous les Carolingiens, malgré leur subordination partielle aux comtes (2). Quant aux ducs mérovingiens, ils ont disparu sous la période suivante, ou pour mieux dire ils ne sont plus que des généraux d'armée et ont perdu leurs fonctions administratives et judiciaires. Le long des frontières, les Carolingiens établissent des marquis, margraves, comtes de la marche, chargés surtout de la défense du territoire ; il ne paraît pas que ces fonctionnaires aient exercé sérieusement des fonctions judiciaires, absorbés qu'ils étaient par leurs occupations mili-

*tionsbeweis*, p. 22. — *Contra :* Beauchet, *Histoire de l'organisation judiciaire en France*, t. I, p. 189 et 190.

(1) Capit. de 802, cap. 25, Boretius, p. 96.

(2) Pendant l'impression de notre second volume, M. Beaudouin a commencé dans la *Nouvelle Revue historique de droit français*, année 1887, la publication d'une intéressante et savante étude sur la *participation des hommes libres au jugement dans le droit franc*. Ce travail touche en réalité à toutes les questions relatives à l'organisation judiciaire. Nous sommes heureux de nous être rencontré sur plus d'un point avec notre collègue ; il est toutefois aussi des problèmes que M. Beaudouin a résolu différemment. Ainsi, d'après notre collègue, à l'époque carolingienne, le vicaire et le centenier forment une seule et même personne, un magistrat nommé par le comte, délégué par lui, chargé d'assurer l'exécution des sentences, jugeant au nom du comte, sauf dans certains cas où il jouit d'une juridiction propre. Quant au vicomte, M. Beaudouin voit en lui un délégué du comte qui peut être chargé d'une mission quelconque, notamment de celle de rendre la justice avec compétence dans tout le comté. Cpr. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, p. 512 et suiv.

taires. Mais le titre même de comtes de la marche prouve qu'en droit, ils avaient les attributions administratives ou judiciaires des autres comtes. Nous en concluons aussi qu'il ne faut pas les assimiler aux anciens ducs qui exerçaient une certaine suprématie sur les comtes. D'ailleurs en présence de l'insuffisance des textes bien des points restent obscurs. Mais de ce qu'un comte de la marche pouvait réunir dans son territoire plusieurs comtés, il n'est pas permis de conclure qu'il doit être assimilé à un ancien duc, car nous voyons encore un comte ordinaire grouper sous son administration plusieurs comtés et les textes ne nous disent pas qu'il en soit résulté une suprématie à son profit. Il était sans doute plus puissant en fait. Aussi l'appelait-on *comes fortior* par opposition au *comes mediocris*, mais il ne s'élevait pas à un degré supérieur dans la hiérarchie politique, administrative ou judiciaire (1).

Le centenier continue à jouir en principe, d'une compétence semblable à celle du comité (2). Toutefois, par exception, trois sortes d'affaires sont enlevées au centenier et réservées au comte. Le centenier ne peut pas juger les affaires criminelles de nature à entraîner une peine corporelle, mais il connaît de celles qui donnent lieu à une composition. Les premières sont réservées aux comtes; toutefois le centenier a le droit de connaître de leur exécution (3). Les procès de liberté sont également réservés au comte (4). Enfin il faut en dire autant des contestations relatives à la propriété immobilières ou aux esclaves. Certains auteurs se sont fondés sur les termes généraux de deux capitulaires qui parlent, l'un des *judicia de proprietate*, l'autre des actions *ad res reddendas* pour soutenir que le centenier est incompétent, même

(1) Voy. par exemple le Capit. de 780, Boretius, 52.

(2) Capit. de 817, cap. 11, Pertz, *Leges*, I, 215. Cpr. Boretius, 315.

(3) Capit. de 802, cap. 14, Pertz, *Leges*, I, 104; Boretius, 210. — Capit. de 812, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 174; Boretius, 176. — Capit. de 813, cap. 13, Pertz, *Leges*, I, 188; Boretius, 171. — Capit. de 817, cap. 15, Pertz, *Leges*, I, 213; Boretius, 284. — Capit. de 817, cap. 20, Pertz, *Leges*, I, 218; Boretius, 290. — Cpr. Rozière, form. 464, 467, 468, 476, 491, 492.

(4) Capit. de 810, cap. 3, Boretius, 153.

lorsque le procès concernait la propriété mobilière (1). Mais il suffit de rapprocher ces textes d'autres dispositions qui en sont l'application, pour se convaincre qu'on a entendu réserver au comte seulement les questions de propriété immobilière (2). Ces trois sortes de contestations sont enlevées au centenier à raison de leur nature même. Aussi n'est-il pas nécessaire de s'enquérir de la condition des plaideurs.

D'autres échappent au centenier à cause de la qualité des parties : ce sont les procès des vassaux du roi : ces affaires sont aussi réservées à la juridiction du comte (3).

Les contestations relatives à la liberté et les procès criminels sont, comme nous l'avons vu, nécessairement portés au plaid du comte, de telle sorte qu'ils sont jugés dans l'assemblée des hommes libres. Pour les questions de propriété immobilière, il s'élève quelques doutes : tandis que, suivant Sohm, ils doivent aussi être portés au plaid général, Beauchet enseigne, au contraire, qu'ils peuvent être déférés au plaid particulier où les scabins sont seuls juges (4). A notre avis, les textes ne sont pas assez précis sur cette question pour conduire à une solution certaine. Quant aux considérations d'une nature générale, elles semblent plutôt être en faveur du système de Sohm. Il est en effet inexact de prétendre que les contestations relatives aux immeubles soient à cette époque considérées comme des procès de pur droit privé; les traces de l'ancienne copropriété de la tribu et les avantages attachés à la possession des immeubles, permettent de considérer ces contestations comme rentrant par certains côtés dans le droit public et il est dès lors tout à fait naturel qu'elles aient été portées au plaid général auquel pre-

(1) Capit. de 810, cap. 3, Boretius, 153. — Capit. de 812, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 174 ; Boretius, 176.

(2) Voy. par exemple le Capit. *Anni incerti*, cap. 3, dans Boretius, 315. — Capit. de 817, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 212; Boretius, 283. — M. Beauchet, *op. cit.*, p. 215, fait aussi remarquer avec raison que dans le langage du temps le mot *res* se restreint le plus souvent aux choses immobilières.

(3) Capit. de 781, cap. 13, Pertz, *Leges*. I, 41; Boretius, 191. — Cap. de 802, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 104; Boretius, 210. — Capit. de 825, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 348; Boretius, 326. — Capit. de 884, cap. 11, Pertz, *Leges*, I, 553.

(4) Beauchet, *op. cit.*, p. 338 et suiv.

naient part tous les hommes libres. Il est aussi probable, malgré l'absence de tout texte sur ce point, que le comte était encore seul compétent lorsqu'il s'agissait de contestations entre centaines différentes. Toutefois le centenier avait le droit d'instruire les causes réservées à la compétence du comte, aussi bien les causes civiles que les affaires criminellles; tout ce que la loi lui défendait, c'était de les terminer par un jugement définitif (1).

Quant au rôle du centenier dans les contestations, il est, comme celui du comte, resté ce qu'il était sous les Mérovingiens. Indépendamment de sa juridiction propre, le centenier participe aussi à celle du comte, en ce sens qu'il siège à côté de lui ou du vicomte en qualité d'assesseur, soit au grand plaid, soit au petit plaid (2). En outre le centenier est, avec le comte, chargé de veiller à l'exécution des jugements criminels; il a, à ce titre, sous ses ordres des exécuteurs des hautes œuvres, *carnifices*, *satellites*, *lictores*, *milites* et c'est peut-être aussi pour cette raison qu'on lui donne la surveillance des prisons (3). Enfin le centenier est chargé du recouvrement de certaines redevances dues au trésor public et en cette qualité il prend assez souvent le nom d'*exactor publicus* (4).

L'exécution des ordres du centenier est garantie par une amende. En d'autres termes, il y a un ban du centenier, comme il existe un ban du comte (5). Mais le premier est inférieur au second. C'est la conséquence naturelle de la

(1) Capit. de 810, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 162.

(2) Rozière, form. 472 et 477. — Pérard, *Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne*, p. 35, n° 18. — Mabillon, *Acta*, III, 2, p. 358. — D'Achery, *Spicilegium*, XII, p. 154.

(3) Comme gardien des prisons, le centenier porte, suivant certains auteurs, le nom de *tribunus;* d'autres pensent que ce terme désigne un fonctionnaire spécial et dans cette doctrine le centenier n'aurait pas eu la surveillance des prisons. Cpr. Capit. de 813, cap. 11, Pertz, *Leges*, I, 188; Boretius, 171. — Capit. de 817, cap. 20, Pertz, *Leges*, I, 218. Voy. ce qui a été dit plus haut, p. 311.

(4) Capit. de 829, cap. 13, Pertz, *Leges*, I, 352. — Flodoard, *Historia remensis ecclesiæ*, III, cap. 26.

(5) Capit. de 802, cap. 57, Pertz, *Leges*, I, 101; Boretius, 104.

subordination du centenier au comte. Nous avons déjà vu comment s'est établie cette subordination. Elle se manifeste notamment par l'interdiction faite au centenier de juger certaines causes réservées à la cour du comte. Mais cependant il n'existe aucun droit d'appel de la justice du centenier à celle du comte; du moins aucun texte n'y fait allusion (1). Cette infériorité partielle de la juridiction du centenier vis-à-vis du comte était une conséquence naturelle de la hiérarchie qui s'est partout établie dans l'Empire.

Mais tout en organisant ainsi ses vastes États, Charlemagne songea plus d'une fois à rétablir, au moins en partie, les anciennes institutions franques. Le capitulaire d'Aix-la-Chapelle de 809 dit positivement que les centeniers sont choisis par le comte et par le peuple, c'est un souvenir des anciennes institutions franques (2). Comment ce choix devait-il se faire? En pratique la loi était-elle sérieusement observée? Certains textes semblent en effet attribuer exclusivement au roi, aux *missi* ou aux comtes le droit de nommer les centeniers (3). Il parait bien qu'en droit le centenier devait être élu par les habitants de la centaine et que ce choix était ensuite soumis à l'acceptation du comte. Toutefois, en pratique, le comte tout-puissant désignait lui-même le centenier et le peuple était censé consentir par son silence. Quant aux *missi dominici*, ils ne confirmaient les centeniers dans leurs fonctions qu'autant qu'ils se trouvaient sur les lieux et prenaient la place du comte.

(1) M. Beauchet croit cependant qu'on peut appeler du centenier au comte, tout en reconnaissant qu'aucun texte ne le dit formellement. Il invoque toutefois la formule 51 de Merkel (Zeumer, p. 259) et le Capitulaire de 779, cap. 21 (Boretius, 51). Mais le premier texte se borne à dire que le comte doit assurer une bonne justice et le second porte que si un *vassus* a commis un déni de justice, le comte doit le contraindre à juger en s'installant chez lui tant qu'il persiste dans sa résistance.

(2) Capit. de 809, cap. 11, Pertz, *Leges*, I, p. 156 : « *Ut judices, advocati, præpositi, centenarii, scabini, quales meliores inveniri possunt et Deum timentes, constituantur ad sua ministeria exercenda.* » Boretius, 149. Voy. encore le Capit. *Missorum*, I, cap. 22, Boretius, 151.

(3) Voy. par exemple Capit. de 803, cap. 3, dans Pertz, *Leges*, I, 115; Boretius, 115. — Concile de Châlons de 813, cap 21, dans Mansi, *Sacrorum conciliorum collectio*, XIV, p. 98. — Hincmar, *De ordine palatii*, § 10.

En entrant en fonctions, le centenier prêtait une sorte de serment professionnel (1). Il ne semble pas que ses fonctions aient été limitées à une durée quelconque, mais elles n'étaient pas non plus héréditaires (2). Quant au droit de révocation au profit du comte, il n'est formellement constaté par aucun texte; on va trop loin en le faisant découler de la formule 51 de Merkel où il est seulement dit que si le centenier veut conserver les bonnes grâces du comte, il doit exercer régulièrement ses fonctions.

## § 32. — JURIDICTION DES *missi dominici*.

Une autre innovation importante de Charlemagne, dans l'ordre administratif et judiciaire, consista dans l'organisation des *missi dominici*, littéralement envoyés du maître, véritables inspecteurs généraux, chargés de parcourir plusieurs fois par an les différentes parties de l'Empire pour y surveiller les fonctionnaires locaux, y faire sentir l'action du pouvoir central et mettre ainsi la monarchie en rapports constants et directs, non seulement avec les fonctionnaires de tous les degrés, mais aussi avec leurs habitants. Leurs fonctions et leur surveillance s'exerçaient sur toutes les parties de l'administration, affaires civiles, ecclésiastiques, militaires, etc., et sur tous les fonctionnaires, grands ou petits, clercs ou laïques; ils recevaient le serment de fidélité des sujets, ils vérifiaient l'administration des bénéfices, inspectaient les écoles et les abbayes, etc. (3).

Toutes ces fonctions nous sont déjà connues et nous devons nous attacher ici seulement à celles qui touchent à l'administration de la justice. Ce sont d'ailleurs les plus importantes, comme le prouvent de nombreuses dispositions des capitulaires où il est sans cesse recommandé aux *missi*

(1) Voy. à cet égard Beauchet, *op. cit.*, p. 225.

(3) Waitz, *op. cit.*, III, p. 392, cite un texte où l'on voit un fils remplacer son père dans les fonctions de centenier, mais il ne résulte nullement de là que ces fonctions aient été héréditaires.

(3) *Capitula missis dominicis data*, dans Pertz, *Leges*, I, 96 et *passim*, Boretius, 100.

d'assurer une bonne justice dans tout l'Empire (1). A cet effet les *missi*, ordinairement au nombre de deux, un archevêque et un comte, tiennent dans leur *missiaticum* ou *legatio*, c'est-à-dire dans l'étendue du ressort qui leur a été assigné (2), quatre assemblées par an en janvier, avril, juillet et octobre (3). Leur mission est double : ils convoquent à ces assemblées tous les fonctionnaires importants de la contrée et ils tiennent des plaids. Les évêques, les abbés, les comtes, les vassaux du roi, ses avoués sont tenus de répondre à la convocation des *missi* (4). Chaque comte doit se faire accompagner de ses vicomtes, vicaires, centeniers et de trois ou quatre des premiers scabins. On ne peut s'excuser que pour cause de maladie ou en invoquant le service du roi. Ceux qui ne viennent pas sont appelés par les *missi* avec menace d'encourir l'amende du ban royal et d'être dénoncés au prince (5). Dans ces assemblées, qui sont plutôt des réunions de fonctionnaires, les *missi dominici* assurent l'exécution des mesures que les comtes n'ont pas été assez assez forts pour prendre eux-mêmes ou en réfèrent au roi (6). Ils recherchent si les magistrats de leur ressort n'ont commis aucune faute dans l'administration de la justice (7). A cet effet ils ont aussi le droit d'ouvrir des enquêtes auxquelles ils convoquent les citoyens les plus honorables du pays pour obtenir des renseignements sur les abus qui ont pu être commis ; c'est un emprunt fait aux usages de l'Église dont les évêques, dans leurs tournées pastorales, tenaient des réunions de ce

(1) Voy. par exemple Capit. de 802, cap. 1, et Capit. de 803, cap. 9, Pertz, *Leges*, I, 91 et 118 ; Boretius, 91. — Nous rappelons ici que Théodulf a laissé des détails intéressants sur les fonctions des *missi* dans sa *Paraenesis*. Voyez Monod, *Revue historique*, t. XXXV, p. 1 et suiv.

(2) Capit. de 806, cap. 1 et Capit. de 819, cap. 5, Boretius, 131 et 289.

(3) Capit. de 811-813, cap. 8, Boretius, 177.

(4) Capit. de 811-813, cap. 8, Boretius, 177 ; Capit. de 826, Boretius, 310.

(5) Capit. de 801-814, cap. 5 et Capit. de 819, cap. 28, Boretius, 145 et 291. Plus tard un Capit de 826 ne parle plus que d'une assemblée par an, au mois de mai. Résulte-t-il de là que Louis le Debonnaire aurait supprimé les trois autres ? On en est réduit à des conjectures.

(6) Capit. de 825, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 247 ; Boretius, 308.

(7) Capit. de 825, cap. 2, Boretius, 308. — Capit. de 828, Pertz, *Leges*, I, 329.

genre où étaient appelés des hommes honorables qui, sous le nom de témoins synodaux, devaient révéler tous les faits commis contrairement aux lois de l'Église (1).

L'assemblée générale convoquée et présidée par les *missi* pouvait, sans aucun doute, rendre la justice, comme l'attestent plusieurs documents parvenus jusqu'à nous (2). Les *missi* avaient aussi le droit de tenir à la place d'un comte ou d'un centenier le plaid que ce magistrat aurait présidé en leur absence. Mais en outre ils devaient à chaque tournée organiser un plaid judiciaire en quatre lieux différents auxquels ils convoquaient les comtes qui ressortissaient de ces lieux. Tel est du moins, à notre avis, le sens du capitulaire de 811 (cap. 8) dont la disposition a donné lieu à de vives controverses (3) : « *Volumus ut propter justitias quæ usque modo de parte comitum remanserunt, quatuor tantum mensibus in anno missi nostri legationes suas exerceant, in hieme Januario, in verno Aprili, in æstate Julio, in automno Octobrio. Ceteris vero mensibus unusquisque comitum placitum suum habeat et justicias faciat. Missi autem nostri quater in uno mense et in quatuor locis habeant placita sua cum illis comitibus, quibus congruum fuerit ut ad eum locum possint convenire.* »

Ce texte ordonne aux *missi* de tenir quatre fois par an leurs assises judiciaires; il résulte de là que pendant huit mois les assises sont présidées par les comtes; pendant les quatre autres mois elles le sont par les *missi;* ceux-ci doivent, à chacun des quatre mois, les ouvrir dans quatre lieux différents et convoquer à chacun de ces lieux les comtes qu'ils ont compris dans le ressort de la session. Ainsi par exemple les *missi* auront divisé leur *missiaticum* en quatre parties ou régions et ce sont les comtes de chacune de ces régions qui viennent prendre part aux assises tenues dans un des quatre

(1) Capit. de 828, cap. 3 et Capit. de 829, cap. 3 dans Pertz, *Leges*, I, 328 et 352.

(2) Voy. Meilchelbeck, *Historia Frisigensis*, I, n° 118 et 122. — Voy. aussi Baluze, II, 1467.

(3) Capit. de 811-813, cap. 8, Boretius, 177.

lieux où elles doivent s'ouvrir durant le mois. Les *missi* président donc des assemblées judiciaires propres et qui ne doivent pas être confondues avec celles des comtes (1). Il est probable que les *missi* peuvent, outre ces quatre plaids ordinaires de chaque année, en ouvrir d'autres suivant les cisconstances.

Dans leurs plaids, les *missi dominici*, agissant en qualité de représentants directs du roi, exerçaient des pouvoirs aussi étendus que le prince (2). Les capitulaires sont formels : « *Unusquisque missorum nostrorum..... præcipiat in verbo nostro* », dit celui d'Aix-la-Chapelle de 807. « *Missos nostros ad vicem nostram mittimus* », répète celui de 809; ils pouvaient ordonner toutes sortes de mesures (3); les récalcitrants violaient en réalité le ban du roi et encouraient l'amende due en pareille circonstance (4); les *missi* avaient notamment le droit d'ordonner la procédure *per inquisitionem* et le combat à l'arme blanche, moyens de preuve qui étaient réservés à la cour du roi (5); les personnes jouissant du privilège de relever directement du roi pouvaient porter leurs contestations devant les *missi* où elles étaient jugées avec la procédure d'équité usitée devant cette cour (6).

Il est hors de doute que les *missi dominici* pouvaient statuer aux lieu et place du comte lorsque celui-ci avait commis un déni de justice. Les capitulaires nous donnent des détails très complets sur la procédure à suivre en pareil cas. Celui qui veut se plaindre au roi ou au *missus* de ce déni de justice

(1) On a donné beaucoup d'autres explications de ce capitulaire. Voy. par exemple Sohm, *op. cit.*, p. 489, et Beauchet, *op. cit.*, p. 308. Sohm pense que l'assemblée de la centaine constitue le plaid du *missus*. Beauchet parait adopter une solution semblable à la nôtre, mais nous n'osons pourtant pas l'affirmer parce que ses explications sont un peu obscures.

(2) Capit. de 807, cap. 3, Boretius, 135. — Capit. de 809, cap. 11, Boretius, 152.

(3) Capit. de 807, cap. 3; Capit. de 810, cap. 2, Boretius, 135 et 155. — Capit. de 825, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 247; Boretius, 309,

(4) Capit. de 803, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 122; Boretius, 145.

(5) *Cartulaire de Saint-Victor*, I, 43. — Diplôme de Louis le Débonnaire de 832, dans Bouquet, VI, 584. Cpr. VIII, 411. — Rozière, form. 401. Voy. sur ces différents points Waitz, *op. cit.*, t. III, p. 425. — Brunner, *Zeugen und Inquisitionsbeweis*, p. 115. — Du même, *Entstehung der Schwurgericht*, p. 99. — Beauchet, *op. cit.*, p. 316 et 317.

(6) Rozière, form. 15. — Hincmar, *De ordine palatii*, § 21.

commis par le comte, doit, au préalable, mettre à trois reprises, en présence de témoins, le comte en demeure de connaître du procès. Puis ensuite il l'assigne devant le roi ou devant le *missus*. Le comte peut se disculper et prouver qu'il n'a pas refusé la justice, soit au moyen d'un acte notarié, certifié par des témoins, soit par son serment personnel, soit par celui de son *advocatus*, et dans ce cas le plaignant est condamné à une peine corporelle ou à une amende de 15 sous (1). Si le déni de justice est établi, le *missus* peut, à son choix, ou juger lui-même, ou s'installer chez le comte pour vaincre sa résistance (2).

Mais lorsque le comte a statué, est-il permis de déférer sa sentence au *missus* pour faux jugement? En d'autres termes existe-t-il un droit d'appel, tel qu'on le comprend alors, du comte au *missus?* L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, malgré l'opinion contraire de plusieurs auteurs (3); des textes précis et nombreux parlent de ce droit d'appel (4). D'ailleurs on n'est pas obligé de porter en appel l'affaire au *missus* et il est permis de s'adresser directement à la cour du roi. En réalité ces deux juridictions sont placées au sommet de la hiérarchie judiciaire, mais à deux degrés différents et c'est à vrai dire le roi qui juge dans les deux cas, soit directement, soit par l'intermédiaire de son délégué. Seulement dans ce second cas on peut appeler du *missus*, représentant du roi, au roi en personne.

(1) Capit. de 781, cap. 2, 3 et 4 dans Pertz, *Leges*, I, 40; Boretius, 190.

(2) Capit. de 779, cap. 21 et Capit. de 819, cap. 23; Boretius, 51 et 291.

(3) Voy. notamment Schäffner, *Geschichte der Rechtverfassung Frankreichs*, t. I, p. 357. — Brewer, *Geschichte der Französischen Gerichtsverfassung*, t. I, p. 6. — Sohm, *op. cit.*, p. 492 et 505. — Waitz, *op. cit.*, t. IV, p. 413. Beethmann Hollweg n'est pas très précis sur ce point, *op. cit.*, V, 17 et 171. En sens contraire, et dans l'opinion que nous adoptons, Fournier (Marcel), *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, p. 116; Beauchet, *op. cit.*, p. 320; Beaudouin, dans la *Nouvelle Revue historique du droit français et étranger*, année 1887, p. 522.

(4) Voy. notamment Capit. de 810, cap. 3; Boretius, p. 155. — Capit. de 819, cap. 1, 13, 23, 24, 25; Boretius 289 (Cpr. Walter, II, 344). — Rozière, form. 449 et 476. — *Vie de Louis le Débonnaire*, par Thegan, cap. 13, dans Bouquet, VI, p. 77 et *Vie de Louis le Débonnaire*, par L'Astronome, chap. 59, dans Bouquet, VI, p. 121. — Voy. dans le sens de l'appel, Beauchet, *op. cit.*, p. 322, où les principaux passages des textes précités sont rapportés.

Le rôle du *missus* est-il semblable dans la réunion judiciaire qu'il préside à celui du roi? On ne peut pas l'affirmer avec certitude. Le *missus*, comme le roi, compose sa cour à son gré, du moins aucun texte ne nous dit qu'il soit obligé de choisir telles personnes par préférence à telles autres.

En retour de ces droits si importants conférés aux *missi dominici*, l'empereur leur impose aussi de graves obligations : ils doivent refuser les présents des plaideurs, comme tous les autres magistrats (1); on leur recommande de ne pas se substituer sans nécessité à la justice ordinaire, car ils pourraient, par leur intervention maladroite, entraver son cours plutôt que de le faciliter (2). Il est fort possible que ces recommandations soient précisément la preuve d'abus que se permettaient les *missi dominici*. Lorsqu'un fonctionnaire se sent tout-puissant, il est trop souvent porté à perdre la modération et à se substituer aux autres, même sans nécessité.

## § 33. — LES *scabini*.

Un des plus graves changements introduits sous les Carolingiens dans l'administration de la justice, c'est sans contredit la création des scabins appelés à remplacer les anciens rachimbourgs dans la plupart des affaires. Les auteurs ont expliqué cette innovation de différentes manières. A notre avis, les rachimbourgs ne venaient plus aux plaids; ils considéraient l'obligation de rendre la justice et les responsabilités qu'elle entraînait, comme une très lourde charge; aussi éprouvait-on les plus grandes difficultés à réunir sept rachimbourgs, minimum déterminé par la loi, surtout lorsque les comtes multipliaient les plaids à l'infini. D'un autre côté, les rachimbourgs rendaient assez souvent une mauvaise justice à cause de leur ignorance du droit, des usages et de la procédure; or ces usages et ce droit se compliquaient à mesure que les relations sociales devenaient plus fréquentes et plus

(1) Capit. de 809, cap. 7, Boretius, 149.

(2) Capit. de 817, cap. 24 et 25 et Capit. de 825, cap. 2, dans Pertz, *Leges*, I, 218 et 247; Boretius, 308.

variées et il était d'autant plus difficile de trouver des rachimbourgs *idonei*, comme le veulent les lois barbares, que la classe des petits propriétaires tendait à disparaitre. La justice ne serait-elle pas mieux rendue si on la confiait à des magistrats permanents au courant des lois et des pratiques judiciaires? Tels furent précisément les échevins, *scabini* (1).

On voit figurer les échevins dans des documents lombards dès le commencement du VIIIe siècle, mais l'autorité de ces actes a été très souvent et avec raison mise en doute. Pour les pays francs, il est question des échevins dans une réunion de 780 tenue à Digne (2). Dans ce texte l'expression *scabini* alterne avec celle de rachimbourgs; c'est peut-être une manière de l'expliquer à cause de sa nouveauté. Bien que d'autres textes antérieurs à l'an 800 mentionnent aussi ces magistrats (3), cependant il n'en est question dans aucun capitulaire avant les premières années du IXe siècle. Le premier qui en parle est de l'an 803 (4). Aussi les auteurs sont-ils loin de s'entendre sur la date de la création de cette institution. Il est fort possible qu'il ait d'abord existé des juges permanents dans quelques villes, soit sous l'influence de la législation italienne, soit à raison de l'organisation municipale de ces cités; puis ensuite, ce système ayant été apprécié, Charlemagne le généralisa au commencement du IXe siècle et l'étendit à tout l'Empire (5).

(1) En espagnol, *esclansi;* en italien, *scabino*, *schiavino;* en bas-latin, *scabinus;* du germanique, ancien saxon, *scepeno;* ancien haut allemand, *sceffeno*, *sceffen;* en allemand, *scheffen*, *schöffe* de *schaffen*, qui signifie régler, ordonner et par conséquent dire le droit. Beaucoup d'autres étymologies ont été proposées; on en trouvera l'énumération dans Waitz, t. III, p. 582.

(2) Voy. *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, publié par Guérard, I, p. 43, n° 31.

(3) Acte de 781, dans Bouquet, V, p. 746. — Diplôme de 797 dans Martène, I, 51. — Cpr. Thévenin, *op. cit.*, n° 63, p. 76. — Voy. aussi la form. 71 de Bignon; Rozière, n° 460.

(4) Capit. de 803, cap. 20, dans Pertz, *Leges*, I, 115; Boretius, 116 : « *Ut nullus ad placitum banniatur, nisi qui causam suam quærere aut si alter ei quærere debet, exceptis scabineis septem qui ad omnia placita præesse debent.* »

(5) En sens divers sur cette question : Beethmann-Hollweg, *op. cit.*, t. V, p. 22. — Beauchet, *op. cit.*, p. 258. — Beaudouin, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1888, t. XII, p. 126 et suiv.

Ces scabins de l'époque carolingienne diffèrent sous plusieurs rapports des anciens rachimbourgs qu'ils ont remplacés (2). Les rachimbourgs étaient, comme nous l'avons vu, des hommes libres du pays, pris pour juger une contestation et dont les pouvoirs cessaient avec le procès. Bien différents se présentent à nous les *scabini*. Ce sont des hommes de loi versés dans la science du droit et dans la pratique judiciaire. Aussi les textes les appellent-t-ils *judices, auditores, judiciarii, juridici, legum doctores, legum magistri, legislatores, causidici, legis documentis erudici, doctores veridici, probi homines judicantes.*

Ces magistrats sont nommés de la même manière que les centeniers. Ainsi reparaît la difficulté que nous avons déjà rencontrée à l'occasion de ces derniers et il faut la trancher de la même manière. Les scabins sont élevés à leurs fonctions par le comte et par le peuple (2). Sont-ils choisis par le comte, dont la nomination doit être confirmée par le peuple, ou sont-ils choisis par le peuple dont l'élection doit être confirmée par le comte ? Les deux solutions ont été proposées et, à notre avis, la question offre peu d'intérêt, car il résulte des textes, pour les échevins comme pour les centeniers, que tout le pouvoir était entre les mains du comte et que la participation du peuple, sous forme de proposition ou sous celle d'approbation, était de pure forme. Les capitulaires parlent assez souvent aussi de la nomination d'échevins par les *missi dominici* (3). Ce fait devait se présenter dans des circonstances très diverses : tantôt le *missus* mettait ainsi un terme à une difficulté qui s'était élevée entre les habitants et le comte, tantôt il nommait un ou plusieurs échevins parce

(1) Hermann a enseigné que les scabins ne diffèrent pas des rachimbourgs ; ceux-ci auraient déjà été des fonctionnaires permanents sous les Mérovingiens et Charlemagne se serait borné à les réglementer. Mais sa doctrine n'a convaincu personne. Voy. à cet égard Beauchet, *op. cit.*, p. 258.

(2) Capit. de 809, cap. 11, dans Pertz, *Leges*, I, 156 ; Boretius, 149. — Baluze, *Marca hispanica*, n° 41. — Cpr. Capit. de 826, Boretius, 310, où les scabins sont assimilés aux vicaires et aux centeniers.

(3) Capit. de 803, cap. 3, Boretius, 115. — Capit. de 829, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 351. — Capit. de Kiersy de 878, cap. 9, Pertz, *Leges*, I, 521. — Capit. de 856, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 438.

qu'il se trouvait dans le comté au moment où la vacance se produisait et alors le *missus* pouvait exercer le droit du comte à sa place (1).

De quelque manière qu'ils soient nommés, les scabins sont de véritables fonctionnaires, aussi bien que les comtes et les centeniers : ils exercent leurs fonctions d'une manière permanente jusqu'à leur mort ou leur révocation pour cause d'indignité ou d'incapacité, tandis que les rachimbourgs, comme nos jurés modernes, avaient des pouvoirs limités à l'affaire pour laquelle ils avaient été choisis (2). En leur qualité de magistrats, les scabins prêtent, en entrant en fonctions, un serment de bien rendre la justice, dans des termes qui semblent avoir plusieurs fois varié (3). Il est interdit aux scabins de recevoir des *munera* (4); les textes ne nous disent pas s'ils touchent un traitement, nous savons seulement qu'ils peuvent percevoir des droits, d'ailleurs assez modiques, sur les diplômes qu'ils délivrent (5).

Comme fonctionnaires, les scabins sont placés tout naturellement sous la surveillance des *missi dominici* qui ont le droit de les révoquer (6). Mais d'ailleurs leur nomination est faite pour une durée indéfinie. Il arrivait ainsi parfois qu'ils restaient longtemps en fonctions, car, à vrai dire, sauf révo-

(1) D'après M. Beaudouin, les scabins étaient en principe nommés par les *missi* et très exceptionnellement par les comtes. Cpr. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1888, p. 122. Il est certain que les textes manquent de netteté sur cette question. Mais nous pensons qu'en général le comte choisissait les scabins : d'abord il nommait les autres fonctionnaires judiciaires; ensuite on comprend très bien que le *missus* présent sur les lieux exerce ce droit de nomination à la place du comte, tandis qu'on ne voit pas à quel titre le comte aurait le droit de se substituer au *missus* et c'est cependant ce qu'on est obligé d'admettre dans l'opinion adverse où, tout en donnant le droit de nomination au *missus*, on le reconnait aussi par exception au comte.

(2) Capit. de 829, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 351. — Capit. de 856, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 438.

(3) Voy. les textes cités à la note précédente.

(4) Capit. de 829, cap. 9, Pertz, *Leges*, I, 351. Voy. toutefois Capit. de 803, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 121 ; Boretius, 145.

(5) Capit. de 803, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 121; Boretius, 145.

(6) Capit de 803, cap. 4, Boretius, 115. — Capit. de 826, Boretius, 310. — Capit. de 829, cap. 2 et 4, Pertz, *Leges*, I, 351. — Capit. de 856, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 438.

cation, ils étaient nommés à vie. Ainsi on a relevé que dans deux procès jugés dans le comté de Roussillon, le premier en 874, le second en 901, les mêmes scabins avaient siège chaque fois, sauf un qui avaient cessé ses fonctions entre les deux affaires séparées par un intervalle de vingt-sept ans (1).

Les capitulaires recommandent de choisir les scabins parmi les personnes instruites dans les lois et jouissant d'une honorabilité notoire; ils doivent être *idonei et sapientes;* il faut en outre qu'ils soient libres et jouissent de la pleine capacité politique, *nobiles*, *ingenui*. Les personnes viles et infâmes ne sauraient être scabins (2). D'ailleurs rien ne s'oppose à ce que les scabins cumulent cette fonction avec d'autres et soient, par exemple, en même temps notaires; de même les scabins peuvent être choisis parmi les clercs, mais il semble que le fait devait être assez rare à cause des interdictions adressées par les conciles aux clercs d'entrer dans les tribunaux laïques (3). Mais indépendamment des conditions d'aptitude générale imposées à tous les scabins, il en est une qu'on exige spécialement de ceux qui veulent connaitre d'un procès et qui est une conséquence du principe de la personnalité des lois encore en pleine vigueur sous les Carolingiens (4). Les scabins doivent être de la nationalité des plaideurs, c'est ce qui résulte bien nettement d'un capitulaire de 802 : il oblige les échevins à déclarer avant l'ouverture des débats sous quelle loi ils vivent et à l'appliquer au procès (5). Le principe de la personnalité exige que les scabins appartiennent à la nationalité du défendeur ou de l'accusé. Lorsque les plaideurs sont de nationalités différentes, on compose le tribunal des échevins

(1) Baluze, *Marca hispanica*, nos 34 et 60.

(2) Capit. de 809, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 156; Boretius, 148. — Capit. de 856, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 438. Il n'est pas nécessaire d'être propriétaire d'immeubles dans la centaine ou dans le comté; du moins aucun texte ne l'exige.

(3) Voy. des exemples de scabins notaires ou clercs dans Muratori, II, 979; III, 167, 1018, 1030; *Cartulaire de Redon*, n° 283.

(4) Pour se convaincre de la persistance de ce système, il suffit de se reporter au Capit. de 768, cap. 10 et au Capit. de 820, cap. 2, Boretius, 43 et 297.

(5) Capit. de 802, cap. 48, Boretius, 102.

de membres appartenant à ces nationalités. Plusieurs textes font allusion à ces tribunaux mixtes pour le midi de la France (1). On devait parfois éprouver des difficultés à trouver des scabins de la nationalité des plaideurs. Il est probable qu'en pareil cas la difficulté était évitée par un accord amiable. Ainsi les deux plaideurs pouvaient convenir de porter l'affaire devant un tribunal de leur pays (2). Pourquoi les plaideurs n'auraient-ils pas pu aussi d'un commun accord dispenser les *scabini* de la condition de nationalité?

Nous avons vu qu'on discute vivement sur le point de savoir s'il n'existe qu'une sorte d'assemblée judiciaire, celle de la centaine, présidée tantôt par le centenier, tantôt par le comte, ou si au contraire il y a une assemblée judiciaire de la centaine à laquelle prennent part, sous le régime antérieur, les rachimbourgs de cette centaine et une assemblée judiciaire du comté où viennent et peuvent juger des rachimbourgs de tout le *pagus*. La même question se présente pour les *scabini*. Y a-t-il des échevins de centaine et des échevins de comté? Nous le pensons. De nombreux textes en effet établissent cette distinction (3). Il va sans dire que les scabins rendent la justice aussi bien avec les délégués du comte, les vicomtes et les vicaires, qu'avec ce magistrat ou

(1) Placitum de 843, dans la *Gallia christiana*, I, 107. — *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, n° 26, t. I, p. 33. — Vaissète, *op. cit.*, II, n°s 42 et 56. — Ménard, *Histoire de Nîmes*, I, n° 3. — Martène, *op. cit.*, I, 222. — Muratori, *op. cit.*, I, 359 (Textes cités par Beauchet, *op. cit.*, p. 287). Voy. aussi Thévenin, *op. cit.*, n°s 114 et 128.

(2) Voy. Capitulaire d'Anségise, liv. I, § 71.

(3) Capit. de 821, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 230; Boretius, 301. — Capit. de 825, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 247; Boretius, 309. — Voy. par exemple des scabins de centaine dans Ménard, *Histoire civile de Nîmes*, I, n°s 4 et 6. Les textes qui parlent de scabins du comte ou du comté sont beaucoup plus nombreux, Rozière, form. 467. — Reyer, *Urkundenbuch*, I, n° 110. — Vaissète, *op. cit.*, t. II, p. 186. — *Cartulaire de Redon*, n° 191. — Sans doute certains textes nous parlent de scabins qui n'habitent pas au chef-lieu du comté, mais ce fait ne prouve pas que ces scabins aient été attachés à une centaine; ils établissent seulement que les scabins pouvaient résider dans toute l'étendue du comté et cela est tout naturel, puisque les plaids ne se tenaient pas exclusivement au chef-lieu. Voy. par exemple Muratori, *op. cit.*, I, p. 507. — Fumagelli, *Codex diplomaticus*, n° 74.— On pourra consulter sur cette question et en sens opposé, Sohm, *op. cit.*, p. 443; Beauchet, *op. cit.*, p. 264.

avec le centenier (1). Dans les plaids particuliers du comte et dans ceux du centenier (2), les scabins prennent seuls part à l'administration de la justice, à l'exclusion des autres hommes libres du comté ou de la centaine. Les capitulaires relatifs à la distinction des deux sortes de plaids disent très nettement qu'on ne convoque aux assises particulières que les scabins avec les parties et les témoins. Si les hommes libres ne sont pas appelés, c'est qu'ils ne jugent pas. D'ailleurs rien ne s'oppose à ce qu'ils viennent spontanément ou soient présents et ils peuvent jouer le rôle de témoins de la procédure, mais même alors ils ne jugent cependant pas (3).

Les capitulaires sont formels pour soumettre la validité du plaid à la présence de sept scabins au moins (4). On se rappelle que ce chiffre était aussi le minimum prescrit auparavant pour les rachimbourgs. Cependant un certain

(1) Capit. de 801-810, Boretius, 210. — Form. de Bignon, n° 7, Zeumer, p. 230.

(2) On se rappelle que le centenier ne tient que des plaids de ce genre.

(3) Il existe une très vive controverse sur ce point. Les uns veulent que les hommes libre puissent juger avec les scabins dans les plaids particuliers comme dans les plaids généraux et dès qu'ils sont présents ; d'autres proposent une distinction et n'admettent cette solution que pour les plaids généraux. Enfin d'autres encore pensent que les scabins seuls jugent dans tous les plaids et que les hommes libres n'y remplissent jamais ce rôle. Cette dernière solution nous parait, comme on le verra bientôt, contredite par des textes ; mais la question est plus difficile à trancher entre les deux premières doctrines, parce qu'on ne sait jamais avec certitude si les textes qui parlent de la participation des hommes libres ont en vue un plaid général ou un plaid quelconque. Cependant il parait bien que dans presque tous les cas et quoiqu'ils ne s'expliquent pas sur ce point, ils visent des procès de la compétence exclusive des plaids généraux. Voy. dans le sens du premier système, Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. I, p. 164 ; Laferrière, *Histoire du droit français*, t. III, p. 417 ; Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. I, p. 165 ; Beethmann-Hollweg, *op. cit.*, t. V, p. 26. — Dans le sens du second système : Maurer, *Geschichte der Gerichtsverfassung*, p. 66 et suiv. ; Schäffner, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, I, p, 360 ; Sohm, *op. cit*, p. 380 et 388. — Beauchet, *op. cit.*, 271 et suiv. — Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, p. 165 et 166. — Dans le sens du troisième système, Beaudouin, *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1888, t. XII, p. 150.

(4) Capit. de 803, cap. 20, Pertz, *Leges*, I, 115 ; Boretius, 116 : *Exceptis scabineis septem qui ad omnia placita præesse debent*. Voy. encore Baluze, *Marca hispanica*, p. 783, 796, 798, 804, 806, 810. — Baluze, *Capitularia*, II, 1416. — *Cartulaire de Redon*, n° 124. — Muratori, *op. cit.*, II, 971.

nombre de textes mentionnent les uns plus de sept scabins, les autres moins (1). Les premiers ne soulèvent aucune difficulté : le nombre de sept étant un minimum, rien ne s'opposait à ce que le tribunal soit composé d'un plus grand nombre de juges. Quant aux autres textes, on les explique en disant qu'ils se sont bornés à indiquer quelques-uns des scabins ayant connu de l'affaire. Toutefois on a fait remarquer que le nombre de cinq scabins se rencontre surtout dans le sud de la France et certains historiens en ont conclu que, dans cette partie de l'Empire, le minimum des scabins était peut-être abaissé de sept à cinq (2). Un capitulaire de 819 invite les comtes à se rendre à l'assemblée du *missus* avec douze scabins au moins; en cas d'insuffisance, ils compléteront ce nombre de douze en adjoignant aux scabins les hommes honorables du pays (3). On a déduit de ce texte les conséquences les plus étranges. Ainsi Sohm en conclut qu'il n'y avait dans tout le comté qu'un seul collège de scabins, lequel était attaché à une des centaines; autrement, dit-il, le comte aurait toujours facilement trouvé au moins douze scabins pour l'accompagner (4). Il suffit de supposer cependant que les échevins étaient empêchés ou occupés à d'autres fonctions, ou même à l'administration de la justice dont le cours ne devait pas être suspendu, pour comprendre que, malgré l'existence de scabins auprès de chaque centaine et même de scabins du comte, on n'ait pas toujours pu en amener une douzaine à l'assemblée du *missus*. Unger a été conduit à une autre solution non moins curieuse : il conclut de notre texte qu'au plaid du *missus* il faut la présence de douze scabins au moins au lieu de sept (5). On ne voit pour-

(1) Beauchet, *op. cit.*, p. 272, nos 1 et 3, a donné le relevé de ces textes. Voy. aussi Beaudouin, *op.* et *loc. cit.*, p. 190.

(2) Voy. Maurer, *Geschichte der altgermanischen Gerichtsverfahrens*.

(3) Capit de 819, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 227 : « *Vult dominus imperator ut in tale placitum quale ille nunc jusserit veniat unusquisque comes et adducat secum duodecim scabinos, si tanti fuerit. Sin autem de melioribus hominibus illius comitatus suppleat numerum duodenarium.* »

(4) Voy. Sohm, *op. cit.*, p. 453.

(5) Unger, *Die altdeutsche Gerichtsverfassung*, p. 185.

tant pas quel rapport peut exister entre cette question et la disposition du capitulaire. Celui-ci prescrit simplement à chaque comte d'amener au moins douze scabins qui prendront part à l'enquête générale ouverte par les *missi* sur l'administration et sur la justice du pays. Mais il ne s'agit pas de la constitution du plaid du *missus;* nous avons vu que les textes sont muets sur cette question et que le *missus* jouissait de pouvoirs probablement aussi étendus que le roi. Un autre capitulaire, celui d'Aix-la-Chapelle de 825, ne prescrit aux comtes d'amener avec eux que trois ou quatre scabins, mais ce sont des scabins choisis : *de primis scabinis suis* (1). Il est difficile de dire quels sont ces personnages. Existait-il dans chaque collège de scabins un *princeps* qui prenait à l'occasion la parole pour tous, ainsi qu'on le voit au moyen âge dans les collèges des *témoins de crédence* (2)? Ou bien les scabins d'une centaine ou d'un comté étaient-ils divisés en deux ou plusieurs catégories d'après leur ancienneté ou leur honorabilité? Nous manquons de renseignements à cet égard.

Les scabins ayant pris la place des rachimbourgs, jouent purement et simplement, mais avec plus de garanties pour les plaideurs, le rôle qui appartenait auparavant à ces jurés. Ainsi le comte ou son délégué ou le centenier préside le tribunal et dirige la procédure ; il donne et retire la parole aux plaideurs selon le formalisme du temps ; il ordonne les mesures d'instruction qu'il croit nécessaires, enquête, descente sur lieux, etc.; il fait prêter serment aux témoins et les interroge ; une fois les débats terminés, il porte les questions aux échevins, recueille les voix, prononce le jugement et enfin en assure l'exécution (3). Mais le comte ou le centenier ne prend pas part au jugement de l'affaire; la décision émane des scabins seuls. Nous verrons plus loin, en nous occupant de

(1) Capit. de 825, cap. 4, Pertz, *Leges*, 1, 247; Boretius, 309.

(2) Voy. à cet égard aussi *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. III, p. 479.

(3) Formule de Goldast, 99. — Vaissète, *op. cit.*, I, n° 76. — Baluze, *Capitularia*, II, 743.

la procédure, en quel sens on doit dire que les rachimbourgs autrefois, les scabins maintenant, jugent seuls le procès. Il ne faut jamais oublier dans cette question le formalisme du temps : les juges devaient surtout rechercher quelle preuve était admise et si elle était faite. Nous nous bornons, pour le moment, à distinguer le rôle du comte et celui des échevins. Or il résulte d'un grand nombre de textes que ceux-ci jugent seuls à l'exclusion du comte (1). On s'explique ainsi le nombre minimum de sept *scabini;* si le comte avait jugé avec eux, on les aurait probablement limités à un nombre pair, afin d'obtenir par l'adjonction du comte un total impair. Dans tous les temps les législateurs se sont occupés de cette combinaison pour empêcher les partages. Il est vrai que certains textes pris au pied de la lettre pourraient faire croire que le comte jugeait avec les scabins (2). Mais ceux qui les ont rédigés n'ont certes pas pensé à notre question ; ils ont seulement voulu dire que la justice est rendue par le comte et par les scabins sans déterminer leurs rôles res-

(1) Voy. par exemple Capit. de 803, cap. 10; Capit. de 805, cap. 8; Capit. de 801-814, cap. 7; Capit. de 809, cap. 1 et 2; Capit. de 801-813, cap. 13, Boretius, 114, 123, 145, 148, 172. — Capit. de 829, cap. 2; Pertz, *Leges*, I, 351. — Formules de Lindenbrog, 21, Zeumer, p. 282. — *Cartulaire de Redon*, n° 191, etc.

(2) Voy. par exemple Lindenbrog, form. 9, Zeumer, p. 280. — Vaissète, *op. cit.*, I, n° 76.— Baluze, *Capitularia*, II, 412. Dans sa *Paraenesis ad judices*, Théodulf nous montre le magistrat choisissant ses assesseurs, discutant la cause avec eux, dirigeant la procédure et prenant peut-être même part au jugement. Mais à quel magistrat Théodulf songe-t-il dans son tableau ? C'est ce qu'il serait difficile de dire. S'il était certain qu'il a en vue le comte, ses indications seraient fort précieuses : il en résulterait que sous les Carolingiens le comte choisissait les scabins et sous les Mérovingiens les rachimbourgs, qu'il ne se bornait pas au rôle de président, mais jugeait lui-même. Seulement il est très possible et fort probable que Théodulf ait songé aux *missi dominici*. Avec cette interprétation, sa description concorde parfaitement avec les exigences des capitulaires. Nous ne croyons pas d'ailleurs que sur ce point M. Monod ait été heureux en rapprochant le texte de Théodulf de ceux des capitulaires; dans le poème, il s'agit d'un magistrat qui choisit ses assesseurs pour juger une affaire ; dans les capitulaires cités, il s'agit du pouvoir général donné aux *missi* de nommer certains fonctionnaires, *scabini, advocati, notarii*, etc., dans les conditions et sous les formes que nous connaissons. Voy. Monod, *Les mœurs judiciaires au VIII<sup>e</sup> siècle*, dans la *Revue historique*, t. XXXV, p. 8.

pectifs (1). C'est qu'en effet le plaid n'est valablement constitué que par la réunion de tous : de même que le comte n'aurait pas pu rendre la justice sans les scabins, de même ceux-ci n'auraient pas eu le droit de juger s'ils n'avaient pas été présidés par le comte ou son délégué ou le centenier (2). Au moyen âge, dans les parties de l'Allemagne où se sont le mieux conservées les traditions, on voit encore le magistrat s'en tenir au rôle de président des procès et de directeur de la procédure (3).

Les textes n'exigent pas, d'ailleurs, l'unanimité des scabins : il est possible mais non certain que la majorité suffise pour former le jugement. Une fois la décision rendue, les scabins en signent la minute et l'expédition pour en affirmer la sincérité et la loi les autorise à toucher en retour une sorte de droit de greffe (4).

Indépendamment de ce rôle de juge, les scabins sont chargés de certaines fonctions extrajudiciaires : ils sont témoins dans divers actes solennels, par exemple dans les institutions d'héritier faites sous forme de tradition du patrimoine entre-vifs (5); ils doivent être présents à la publication des capitulaires qui est faite au peuple et signent l'exemplaire dont il a été donné lecture avec les comtes et autres fonctionnaires (6); en l'absence du comte ils peuvent recevoir les serments (7); enfin ils sont témoins dans un grand nombre de circonstances et notamment dans les enquêtes faites sur

(1) De même de nos jours, comme nous l'avons déjà fait observer, lorsqu'on parle de personnes condamnées par la Cour d'assises, on ne distingue presque jamais le rôle des magistrats qui constituent cette cour et celui du jury.

(2) Quelques textes nous montrent un scabin occupant la présidence, mais c'est évidemment en qualité de délégué du comte.

(3) Voy. Schulte, *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne*, trad. Fournier, p. 393. — Voy. aussi Prost, *L'Ordonnance des Maiours, Etude sur les institutions à Metz du XIII<sup>e</sup> au XVII<sup>e</sup> siècle*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1878.

(4) Capit. de 823, cap. 12 et Capit. de 856, cap. 5, dans Pertz, *Leges*, I, 235 et 438. — Capit. de 801-814, cap. 2, Boretius, 145.

(5) Capit. de 803, cap. 8, Boretius, 119.

(6) Capit. de 803, cap. 19, Boretius, 116.

(7) Baluze, *Marca hispanica*, 798, 804, 806.

l'administration et sur la justice par les *missi* ou par le prince en personne (1).

Si les scabins ont, en général, remplacé les rachimbourgs, il ne faudrait pourtant pas croire que les hommes libres aient absolument perdu toute participation à l'administration de la justice. Toutefois leur rôle donne lieu à de vives controverses. Suivant une doctrine, les plaids généraux tenus par le comte pour juger certaines affaires, qui lui sont réservées (2), par exemple les crimes, les questions de liberté, n'ont pas été modifiés : les hommes libres continuent à y être tous convoqués et la justice s'y rend comme par le passé. Ce ne sont pas en effet ces plaids généraux qui avaient donné lieu à des plaintes ni à des récriminations. Les scabins venaient donc à ces plaids, mais comme les autres hommes libres et sans se distinguer d'eux ; seulement il est probable qu'à raison même de leur connaissance du droit et de la pratique judiciaire, ils étaient préférés à tous autres lorsqu'on éprouvait quelques difficultés pour constituer l'assise. Mais dans les plaids particuliers, tenus par les comtes ou leurs délégués et dans tous ceux des centeniers, les scabins jugeaient seuls ; sous ce rapport il est vrai de dire qu'ils ont remplacé les anciens rachimbourgs. Sans doute les hommes libres peuvent assister à ces plaids qui sont publics et il est facile de comprendre qu'ils y viennent lorsqu'il s'agit d'affaires importantes. Mais en même temps que les textes constatent la présence de ces assistants, ils ont bien soin de distinguer leur rôle de celui des échevins (3). C'est qu'en effet ces hommes libres présents au plaid ne restaient pas toujours étrangers à l'affaire : on en prenait parfois quelques-uns comme experts et leur avis était demandé sur des questions de leur compétence particulière (4). Plus souvent ils étaient, en leur qualité même

(1) Sickel, *Urkundenregesten*, n° 97. — Guérard, *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, n°s 290 et 654, t. I, p. 307. — Thévenin, *op. cit.*, n°s 137 et 141.

(2) Nous avons vu plus haut quelles sont ces affaires.

(3) Voy. par exemple Vaissète, *op. cit.*, I, n°s 5, 76, 88, 91. — Baluze, *Capitularia*, II, 1394.

(4) Voy. par exemple Baluze, *Capitularia*, II, 1395.

d'assistants, pris comme témoins de la procédure et du jugement et on avait même soin alors de constater leur présence au plaid, surtout s'il s'agissait de hauts personnages, pour pouvoir plus tard les appeler dans le cas où une difficulté s'éléverait à l'occasion de la procédure ou du jugement (1). On s'explique ainsi que certains textes, par tradition du passé et sans s'attacher toujours au sens rigoureux des mots, parlent encore de rachimbourgs après la création des échevins. Ils entendent désigner par là les assistants qui ont joué un certain rôle au procès lorsqu'ils ne prennent pas le mot rachimbourg comme synonyme d'échevin (2).

Telle est la doctrine généralement adoptée de nos jours. Toutefois, d'après une seconde opinion, dans les plaids généraux comme dans les plaids particuliers, ce sont les scabins seuls qui jugent les contestations. Les *boni homines* assistent aux procès, mais n'y prennent aucune part et cela est aussi vrai des plaids particuliers que des plaids généraux. Dans ce système, il n'y a entre les deux sortes de plaids aucune différence quant aux personnes chargées de juger, seulement les hommes libres sont convoqués aux plaids généraux, tandis qu'ils restent étrangers aux autres. Nous possédons des procès-verbaux de plaids généraux et ils ne disent pas que les hommes libres prennent part à l'instruction et au jugement avec les scabins. Ceux-ci participent seuls à la sen-

(1) Voy. par exemple Capit. de 803, cap. 10, Boretius, 114. — Baluze, *Marca hispanica*, 780.

(2) Voy. par exemple Rozière, form. 474. — Vaissète, *op. cit.*, II, n° 42. bien des controverses se sont élevées sur ce rôle des hommes libres à l'époque carolingienne. Les uns pensent que les *boni homines* ont continué à rendre la justice en concours avec les scabins (Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, traduction Guénoux, t. I, p. 166) ou que tout au moins la création des scabins a seulement dispensé les hommes libres de venir au plaid sans leur retirer le droit d'y prendre part. Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. I, p. 155. — Beethmann-Hollweg, *op. cit.*, t. V, p. 26. — Laferrière, *op. cit.*, t. III, p. 414. — D'autres adoptent la solution que nous avons proposée; Voy. notamment Sohm, *op. cit.*, p. 388 et Beauchet, p. 281. — D'autres encore se bornent à exprimer des doutes. Voy. par exemple Lehuërou, *Histoire des institutions carolingiennes*, p. 385. Enfin nous allons voir que certains savants nient toute participation des hommes libres à l'administration de la justice à partir de la création des scabins.

tence. A côté d'eux sont parfois, mais pas toujours, mentionnés d'autres hommes présents *in mallo publico*, mais ceux-ci ne jouent pas le rôle de juges, on les prend seulement volontiers comme témoins des actes de la procédure et du jugement. Leur présence est si peu nécessaire, que certains procès-verbaux ne les mentionnent même pas et parlent des scabins (1).

A notre avis, il faut mettre hors du débat un grand nombre de textes qui sont tout à fait obscurs et confus : bien qu'ils appartiennent à l'époque carolingienne, ils sont rédigés d'après des formules de la période précédente et pour ce motif ne distinguent pas bien les scabins des autres hommes libres. Par la même raison, ils parlent encore assez souvent des rachimbourgs. On pourrait à la rigueur argumenter de ces textes en disant que s'ils reproduisent les formules de la période précédente pour déterminer le rôle des hommes libres dans les plaids généraux, c'est précisément parce qu'il ne s'est produit sous ce rapport aucun changement sérieux. Mais nous ne croyons pourtant pas qu'on doive attacher une grande valeur à cette considération, car il est non moins certain que les auteurs de formules se bornaient à copier leurs prédécesseurs par pur esprit de routine, sans se demander si les institutions s'étaient maintenues ou modifiées (2). Ce qui est plus important, ce sont les textes des capitulaires. Ceux-ci nous disent très nettement qu'on continuera à appeler les hommes libres aux plaids généraux et ils ne mentionnent, à cette occasion, aucun changement dans leur rôle. Les hommes libres ont donc pu juger comme

(1) En ce sens, Beaudouin, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1888, t. XII, p. 62 et suiv. L'auteur cite les textes suivants : formule de Lindenbrog, 19 dans Zeumer, p. 280; Rozière, form. 458, 467, 472, 477, 480, 483, 498 ; Form. de Saint Emmeran, I, 1 et 2; Zeumer, p. 463; Thévenin, *op. cit.*, n[os] 85, 94, 100, 100 *bis*, 100 *ter*, 106, 108, 115, 128. Enfin il y a deux textes où il n'est parlé que des scabins, sans mention des autres hommes libres. Voy. de Courson, *Cartulaire de Redon*, p. 94 et 148. Un de ces deux textes se trouve dans Thévenin, *op. cit.*, n° 85.

(2) Voy. parmi les textes de cette nature Rozière, form. 458, 472, 477, 480, 483, 498.

autrefois (1). On ne voit même pas pour quelle raison il serait parlé d'eux et de leur convocation dans les capitulaires à l'occasion des procès, s'ils n'y jouaient aucune espèce de rôle. Il est vrai que, tout en niant leur participation à l'instruction et au jugement, on dit qu'ils sont des assistants et peuvent à l'occasion servir de témoins pour le cas où s'élèveraient plus tard quelques difficultés sur un acte de procédure ou un jugement. Mais ce rôle ne paraît pas avoir été bien important, surtout à une époque où l'on avait pris l'habitude, probablement sous l'influence romaine, de rédiger un procès-verbal de la procédure (2). Aussi est-il vrai de dire que, si les hommes libres présents étaient toujours et par la force même des choses, des assistants, ils étaient souvent appelés à des fonctions plus sérieuses. Il n'existait d'ailleurs à cet égard aucune règle absolue et ainsi s'expliquent les différentes rédactions des textes. On prenait parfois parmi ces assistants ceux d'entre eux qui étaient les plus connus pour leur donner le rôle de témoins de la procédure et du jugement. C'est à ce titre qu'ils signaient à la suite des scabins ou avec eux. Mais il est bien certain que tous les hommes libres présents n'étaient pas appelés à remplir cette mission, car les textes constatent un nombre relativement peu élevé de signatures. Certains textes distinguent très nettement ceux qui jugent de ceux qui assistent à la procédure; mais, chose non moins remarquable, ils désignent les premiers sous le nom de *judices* au lieu de les appeler tout simplement scabins, précisément parce que ces juges étaient pris à la fois parmi les scabins et parmi les hommes libres (3). D'autres textes

(1) Capit. de date incertaine, cap. 4, Boretius, 214; Capit. de 805, cap. 16, Boretius, 125; Capit. de 801 et 810, cap. 14, Boretius 220; Capit. de 819, cap. 14, Boretius, 290; Capit. de 823, cap. 2, Boretius, 310. Nous rappelons ce dernier texte : *Neque cogantur (liberæ personæ) ad placita venire præter ter in anno, sicut in capitulare continetur excepto scabinis et causatoribus et testibus necessariis*. Pour combattre cet argument, on prétend que, déjà sous les Mérovingiens, les hommes libres étaient étrangers au rôle de juge. C'est là, comme on le voit, une controverse que nous avons examinée.

(2) C'est dans la suite seulement, au temps de la féodalité, qu'on a perdu l'habitude de tenir ces écritures.

(3) Thévenin, *op. cit.*, nos 94, 106, 107, 108, 128.

parlent très nettement des scabins et des hommes libres et distinguent avec précision leurs rôles respectifs. On voit notamment qu'ils prennent tous part à l'instruction du procès et qu'ensuite les scabins jugent seuls. Ici les hommes libres ont été appelés pour instruire l'affaire, mais non pour la juger, et on remarquera en effet que ces textes supposent des contestations relatives à la propriété immobilière. Dans ces circonstances, les hommes libres du pays, les voisins, peuvent mieux que tous autres les instruire et donner des renseignements (1). Enfin il existe des textes très précis où il est dit que les hommes libres ont jugé et on ne se tire d'embarras, dans l'opinion que nous combattons, qu'en soutenant qu'ils constituent des anomalies (2).

(1) Voy. par exemple Guérard, *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, t. I, p. 33 : « *Adveniens Alexandrius advocatus Alboini episcopi... in mallo publico, ante Rothbertum vicarium de viro illustri Adalberto comite, et tam scavinis tam Romanis quam Salicis vel judicibus qui cum ipsis ibidem aderant, id est... vel etiam quam pluribus aliis bonis hominibus qui cum ipsis in mallo publico aderant.* » On remarquera que ce texte distingue trois espèces de personnes : les scabins, Romains ou Francs ; les *judices*, c'est-à-dire les hommes appelés à prendre part à l'affaire, ce qui confirme l'explication à laquelle se rapporte la note ; enfin les autres hommes libres qui jouent le rôle d'assistants. — Ragut, *Cartulaire de Saint-Vincent de Mâcon*, p. 169 : « *Cum resedisset Raculfus vocatus comes in civitatem, in mallo publico, una cum aliis personis his nominibus... vel ceteris scamineis Matiscensibus... et aliis pluribus ad rectas justitias judicandas seu definiendas.* Le texte se termine par la mention suivante : *Tunc ipsi scamini per inquisitum judicium decreverunt quod juret, cum sua lex est, quod per se et suos donatores XXX annos et amplius legibus vestiti fuissent, etc.* Dans ce texte il s'agit de l'abbaye de Saint-Laurent qui revendiquait des immeubles contre un possesseur. Celui-ci répondait en invoquant la prescription de trente ans. On remarquera que ce texte distingue encore bien nettement les *scabini* des *judices*. Il applique cette dernière désignation aux hommes libres qui ont pris part à l'instruction de l'affaire, mais les scabins ont seuls jugé. La même distinction entre l'instruction et le jugement se retrouve encore dans plusieurs autres textes décisifs. Voy. Pérard, *Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne*, p. 147, 148; Thévenin, *op. cit.*, n[os] 100, 100 *bis*, 115. Dans toutes ces textes il s'agit encore d'immeubles, de contestations sur la possession, les limites, etc. M. Beaudouin a cité ces textes, mais pour les plier à son système, il n'a pas relevé ces distinctions qui sont cependant essentielles.

(2) Formule de Saint Emmeran, I, 3, Zeumer, p. 463 : *Tunc judicaverunt tam supra dicti ipsi missi dominici quam et reliqui scabini id sunt ille et ille, vel reliqui quamplures personæ.* — Pérard, *op. cit.*, p. 150 : « *Cumque quandam adversus hos testes notitiam ostendisset et lecta in conspectu bonorum hominum ibidem adstantium, falsa fuisset comprobata... præsentes judicaver-*

En résumé, les hommes libres étaient convoqués aux plaids généraux pour y jouer des rôles très divers suivant les circonstances : parmi les assistants, tantôt on prenait des témoins de la procédure; d'autres fois on en invitait à se joindre à l'instruction de l'affaire à raison de leurs connaissances spéciales; d'autres fois encore ils prenaient même part au jugement.

Nous avons constaté que, sous la période mérovingienne, il arrivait souvent au comte de poursuivre, d'instruire et de juger un crime à lui seul. C'est ce qui se produisait toutes les fois que ce crime intéressait surtout l'ordre public à cause de sa gravité et ne donnait pas lieu à poursuites entre particuliers. Sous les Carolingiens ce système s'est-il conservé ou même développé? Les comtes et les *missi dominici* reçoivent certainement l'ordre de rechercher d'office les crimes les plus graves (1). Ils sont secondés dans ce service par une police mise à leur disposition (2). Le *missus* a même, comme le roi, le droit d'ordonner une *inquisitio per testes*, mais ce droit n'appartient pas au comte, à moins qu'il n'ait reçu un pouvoir spécial à cet effet, comme nous le verrons bientôt en nous occupant de la procédure. Toutefois celui-ci peut, bien entendu, se livrer à des recherches destinées à procurer ou à préparer la preuve du crime. Mais ce sont plutôt là des mesures de police que des actes de procédure. Après avoir ainsi poursuivi et instruit l'affaire, le comte peut-il aussi la juger seul? Les capitulaires ne répondent pas directement à cette question. Pour le soutenir, on fait remarquer que les comtes avaient certainement ce droit sous les Mérovingiens; or aucun texte ne nous dit qu'ils l'aient perdu (3). Mais d'un

*runt scabinei cum aliis adsistentibus hominibus*. — Ce texte a aussi été publié par Thévenin, n° 103. Voy. encore Deloche, *Cartulaire de Beaulieu*, p. 85 et Thévenin, *op. cit.*, n° 133. Cpr. Rozière, form. 474. Ce dernier texte est moins précis. Mais on y voit cependant que le rôle de juge a été donné à certains assistants : *judicibus constitutis*.

(1) Capit. de 804-813, Boretius, 190; Capit. de 780, cap. 10, Boretius, 191; Capit. de 801-810, cap. 13, Boretius, 210.

(2) Capit. de 802, cap. 25, Boretius, 96.

(3) En ce sens Beaudouin, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1888, t. XII, p. 218.

autre côté, si le comte avait conservé un droit aussi important, il semble bien qu'il y serait fait allusion dans les nombreux textes de cette époque parvenus jusqu'à nous. On sait que Charlemagne s'attacha tout au contraire à faire revivre les anciennes coutumes et cette circonstance permet de supposer que les comtes ont peut-être perdu un pouvoir dangereux et arbitraire. Nous voyons, il est vrai, parfois le comte juger certaines contestations, entouré, non plus seulement des scabins ou d'hommes libres, mais des grands de sa cour, *proceres, optimates*. Toutefois il ne s'agit plus nécessairement là de procès criminels, mais aussi de procès civils; en outre ces chartes sont très rares pour la période carolingienne et elles appartiennent toutes au x[e] siècle. En réalité, c'est une nouvelle justice qui se forme, la justice féodale; dans ces textes le comte apparaît comme seigneur indépendant et souverain, entouré des grands de sa cour (1).

### § 34. — LA COUR DU ROI; LA JURIDICTION DU COMTE DU PALAIS.

Au-dessus de la justice des *missi dominici*, se plaçait la juridiction de la cour du roi ou de l'empereur. Elle était compétente pour trois sortes d'affaires : certains procès arrivaient directement devant elle; pour tous en général, elle constituait une juridiction d'appel; enfin elle connaissait des dénis de justice. Il ne faudrait pas toutefois conclure de là que la juridiction de la cour du roi soit restée exceptionnelle; elle présentait, on s'en souvient, ce caractère sous les premiers Mérovingiens, mais elle l'a perdu à l'époque où nous sommes arrivés et dans les constitutions de Worms de 829, le pouvoir royal a le soin de constater qu'il jouit de la juridiction universelle. Mais en fait les affaires n'arrivaient à la cour du roi que dans les cas et sous les conditions dont nous

(1) Voy. par exemple, Bruel, *Charte de Cluny*, t. I, p. 91; — De Lasteyrie, *Etude sur les comtes et vicomtes de Limoges*, dans la *Bibliothèque de l'Ecole des hautes études*, 18[e] fascicule, p. 110. — Thévenin, *op. cit.*, n° 129. Cpr. Beaudouin, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1888, t. XII, p. 196. — Flach, *Les origines de l'ancienne France*, t. I, p. 227 et suiv.

allons prendre connaissance. Toutefois il est important de constater qu'il s'agit bien plutôt là d'une situation de fait que d'une restriction apportée au pouvoir judiciaire du roi. Que le prince ait consenti à juger une affaire en dehors des cas et des conditions que nous allons déterminer, par exemple à statuer directement sur le procès d'un homme de condition médiocre, son jugement n'en aurait pas moins été valable et régulier. Ce fait a même dû se réaliser assez souvent. Les capitulaires ont toujours le soin d'ordonner aux magistrats de protéger plus spécialement les plaideurs qui se rendent à la cour du roi pour y obtenir justice (1). Les plaideurs répondaient à cette sorte d'invitation et affluaient en grand nombre à la cour du roi. Aussi fort souvent était-elle embarrassée par l'instruction d'un grand nombre d'affaires. A plusieurs reprises les capitulaires parvinrent à enrayer ce mouvement, en décidant qu'en principe la cour du roi ne jugeait pas directement les procès des personnes de condition ordinaire. Mais la nécessité de rappeler constamment cette disposition prouve qu'elle n'était pas toujours rigoureusement observée. Un capitulaire de 755 punit ceux qui s'adressent directement au palais sans avoir au préalable déposé leurs plaintes entre les mains du comte ou sans s'être soumis à la sentence rendue contre eux (2). Un autre capitulaire de Pépin de 754-755 (3) veut que dans le cas où une personne porte directement son affaire devant le plaid du roi, on recherche si elle est de condition médiocre (*aliquis homo*) ou si elle est *major persona;* dans le premier cas, sa demande doit être repoussée; dans l'autre, *in arbitrio regis erit.* Sous Charlemagne et ses successeurs, cette distinction s'accentue davantage. Mais en même temps les capitulaires nous montrent que la cour du roi continue à être encombrée par les plaideurs. Le capitulaire d'Aix-la-Chapelle s'efforce d'empêcher cet encombrement de se produire au moyen d'instructions qu'il

(1) Voy. par exemple, Capit. de 768, cap. 8 et Capit. de 775-790, cap. 26, Boretius, 43 et 70.

(2) Capit. de 755, cap. 7, Pertz, *Leges,* I, 31; Boretius, 32.

(3) Capit. de Pépin de 754-755, cap. 7, Boretius, 32.

adresse aux *missi* et aux comtes (1). Le second capitulaire de 813 (cap. 12) veut que l'accusé d'un crime, s'il appartient à une haute condition, soit conduit *in præsentiam regis* pour y être jugé. C'est consacrer manifestement une exception au droit commun. Enfin le capitulaire de Worms de 827 dit en termes précis que les plaideurs ne doivent s'adresser au tribunal du roi qu'après avoir saisi le comte ou le *missus* (2).

Toutefois, par exception à ce principe, certains procès sont, à raison de leur nature même ou de la qualité des plaideurs, de la compétence directe de la cour du roi. On réserve à cette juridiction toutes les affaires dans lesquelles est directement engagé l'intérêt du roi; tels sont les crimes de lèse-majesté qui se jugent au moyen du duel à l'arme blanche (3), les actions intentées contre ceux qui ont méconnu le ban royal ou refusé de prêter le serment de fidélité (4), celles qui sont dirigées contre les crimes les plus graves de nature à troubler la paix publique (5). Les procès civils où la couronne est intéressée sont également de la compétence exclusive de la cour du roi, comme par exemple la question de savoir si une terre relève de la couronne ou d'une abbaye (6). D'autres affaires sont portées directement devant cette juridiction à cause de la qualité des personnes; telles sont les actions intentées contre les comtes, les *missi*, les *potentiores*, les administrateurs des biens royaux (7). Les procès entre les grands laïques ou clercs,

(1) *De clamatoribus qui magnum impedimentum faciunt in palatio ad aures domini imperatoris* : « *ut missi sive comites illorum missos transmittant contra illos qui mentiendo vadunt, ut eos convincant.* » (Pertz, *Leges*, I, 163; Boretius, 153).

(2) Capit. de 827, cap. 15, Pertz, *Leges*, I, 352 : « *Populo autem dicatur ut caveat de aliis causis se ad nos reclamare, nisi de quibus aut missi nostri aut comites eis justitias facere noluerunt.* »

(3) Voy. par exemple, Bouquet, V, 208, 319, 758; VI, 48, 101, 103, 179, 193, 207, 319, 656.

(4) Capit. de 792, cap. 4 et Capit. de 802, cap. 34, Boretius, 67 et 97.

(5) Capit. de 884, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 551.

(6) Capit. de 829, cap. 9, Pertz, *Leges*, I, 359. Cpr. Bouquet, V, 451.

(7) Capit. de 790, cap. 7; Capit. *De villis* de 800, cap. 57; Capit. de 809, cap. 1, Boretius, 88, 201, 289.

comtes, évêques, abbés sont aussi de la juridiction en premier et dernier ressort du roi (1). Il résulte bien des capitulaires précédemment cités que tous les grands du royaume, et par conséquent aussi les dignitaires de la cour, peuvent soumettre directement leurs contestations au plaid royal. Enfin certaines personnes obtiennent le privilège de n'être justiciables que de la cour du roi, au moyen de lettres particulières qui leur sont accordées à cet effet, *indiculi*, *cartæ mundeburde* (2). L'orsqu'une personne garantie par ce privilège est cependant actionnée devant le comte, il lui suffit de présenter sa lettre au magistrat pour décliner la compétence du tribunal ordinaire. Si le comte refuse d'y faire droit, elle peut appeler de sa sentence devant le roi. Le même droit lui appartient si elle a commencé par accepter la juridiction du comte et, dans les deux cas, comme nous le verrons plus loin, elle peut s'adresser au roi sans être obligée de prendre la *blasphematio* et de soutenir que le juge a commis un délit en lui faisant perdre son procès. Mais d'ailleurs les vassaux du roi n'échappent pas bien entendu, par cette seule qualité, à la juridiction du comte (3).

Comme sous la période précédente, il était permis de s'adresser à la cour du roi en cas de déni de justice. Ces recours devaient être plus fréquents, comme cela paraît résulter des sources, par cela même que la surveillance des magistrats était mieux établie. Mais ils étaient moins souvent portés à la cour du roi. En effet, sur le refus de justice d'un magistrat inférieur, il fallait maintenant s'adresser au comte; était-ce le comte qui commettait le déni de justice, on se plaignait au *missus;* c'était seulement en cas de déni de justice de la part

(1) Capit. de 812, cap. 2, Boretius, 176. Sohm prétend que ces contestations ne peuvent être portées directement devant le plaid royal qu'en vertu d'un ordre spécial du prince et à la suite d'une *reclamatio;* mais Beauchet dit avec raison que cette interprétation est tout à fait arbitraire et ne dérive nullement du texte du capitulaire. Voy. Sohm, dans la *Zeitschrift für Kirchenrecht*, IX, 207 et Beauchet, *op. cit.*, p. 337.

(2) On en trouvera des exemples dans Rozière, form. 9 et suiv.

(3) Voy. par exemple le capitulaire de 781, cap. 13, Boretius, 191.

du *missus*, qu'on s'adressait au roi (1). Par ce moyen encore on évitait l'encombrement devant sa cour.

La procédure de cette cour pour déni de justice a été organisée par le capitulaire de Mantoue de l'année 781 (2). Le plaideur devait d'abord, on s'en souvient, sommer jusqu'à trois fois le comte de juger l'affaire pour avoir ensuite le droit de l'accuser de déni de justice devant la cour du roi. D'ailleurs les clercs eux-mêmes pouvaient porter cette plainte au plaid royal s'ils avaient éprouvé un déni de justice de la part de leur évêque (3).

La cour du roi était surtout un tribunal d'appel, mais elle était déchargée d'un grand nombre d'affaires par l'établissement des *missi dominici*. Ceux-ci devaient juger en appel des comtes et c'étaient seulement les affaires que les *missi* n'avaient pas le droit ou le temps de juger qui arrivaient à la cour du roi (4). Il va sans dire que le roi jugeait aussi les appels dirigés contre les sentences des *missi*. Mais parfois aussi le roi, au lieu de statuer lui-même, renvoyait l'affaire à un *missus* et, par ce moyen encore, il déchargeait sa cour (5). Une question très discutée est celle de savoir si l'appel fonctionnait devant ce tribunal comme aujourd'hui ou s'il ne prenait pas, en principe, la forme d'une prise à partie contre le juge. En d'autres termes, était-il permis d'appeler, d'une manière générale, sans accuser d'un acte de mauvaise foi le juge qui avait statué, ou bien fallait-il soutenir qu'il avait mal jugé, avec intention criminelle ou, comme on dira au moyen âge, qu'il avait rendu un faux jugement?

Les deux solutions sont proposées. Les uns pensent que par tradition des vieilles coutumes germaniques, l'appel est limité au cas de faux jugement et c'est ce que paraît bien

(1) Voy. à cet égard, Fournier, *op. cit.*, p. 122. — Capit. de 827, cap. 15, Pertz, *Leges*, I, 352.

(2) Capit. de 781, cap. 1, 2 et 3, Pertz, *Leges*, I, 46; Boretius, 190.

(3) Capit. de 794, cap. 6, Boretius, 74.

(4) Premier capitulaire de 818, Baluze, I, 473; Boretius, 153. — Capit. de 829, cap. 14, Pertz, I. — Hincmar, *De ordine palatii*, § 21. — Rozière, form. 476.

(5) Hincmar, *op.* et *loc. cit.*

décider un capitulaire de Pépin : il semble n'admettre l'appel que pour violation de la loi, par la faute du juge, et l'exclure pour simple cause de mal jugé en fait (1). D'autres auteurs invoquent, en sens contraire, des textes qui paraissent n'établir aucune distinction et ouvrir très largement l'appel (2).

A notre avis, l'appel n'est en principe admis du comte au *missus* ou au roi, qu'en cas de faux jugement. La forme même de cet appel en est la preuve : c'est toujours la *blasphematio*, c'est-à-dire un acte solennel en la forme et injurieux au fond pour le magistrat attaqué (3). De même si l'appelant succombe dans sa prétention, il paye l'amende ; son appel est-il fondé, c'est le juge de la précédente instance qui en est tenu (4). N'est-ce pas encore là une preuve que l'appel reproche un délit au juge ?

Mais il faut encore reconnaître que certaines personnes avaient, en vertu de leurs chartes de mainbour, le droit de s'adresser directement au roi ou par appel de la sentence des premiers juges auxquels elles avaient consenti à se soumettre et alors cet appel ne prenait pas la forme de la *blasphematio* et n'impliquait pas qu'on reprochât au premier magistrat d'avoir commis un véritable délit judiciaire (5). D'un autre côté, comme juridiction d'équité, la cour du roi pouvait toujours statuer même si une précédente juridiction avait déjà jugé et sans qu'il y eût appel véritable (6). C'est ce que nous constaterons avec plus de détails lorsque nous arriverons à la procédure.

Indépendamment de ces affaires portées directement ou par appel devant la cour du roi, celle-ci connaissait encore, s'il y avait lieu, des difficultés d'exécution que pouvaient

(1) Capit. de 754-755, cap. 7, Boretius, 32.

(2) Muratori, VI, 211. — Capit. de 810, cap. 7 et Capit. de 820, Boretius, 159 et 296. — Selon nous, il n'y a à tirer aucun argument du capitulaire de 797 qui permet l'appel jusqu'à trois fois. C'est une disposition propre à la Saxe et qui concerne seulement certains procès. Voy. Cap. de 797, cap. 4, Boretius, 71.

(3) Capit. de 805, cap. 8, Boretius, 123.

(4) Capit. de 805, cap. 8, Boretius, 123.

(5) Capit. de 805, cap. 3, Boretius, 123.

(6) Hincmar, *De ordine palatii*, § 24, éd. Prou, p. 54.

éprouver les jugements des tribunaux inférieurs et elle se substituait même à ces juridictions lorsqu'elles étaient impuissantes à exercer leur pouvoir (1). Il n'y avait là d'ailleurs aucune usurpation, c'était la conséquence même de ce que le roi était le principe de toute justice et exerçait une juridiction universelle. Le prince tenait même parfois à prouver par son propre exemple toute l'importance qu'il attachait à cette partie de ses pouvoirs. Aussi les Carolingiens présidaient-ils volontiers, comme nous l'avons vu, le plaid de leur cour.

Mais le plus souvent ils en étaient empêchés par la multitude des affaires de toute nature qui les réclamaient. Aussi l'empereur se faisait alors remplacer par un comte du palais. A l'époque mérovingienne, ce comte était déjà chargé d'instruire les causes apportées au tribunal du roi, d'en diriger l'instruction et de veiller à l'exécution de la sentence. Mais la direction générale des affaires séculières appartenait au maire du palais. Ce dernier fonctionnaire ayant disparu sous les Carolingiens, le comte du palais hérita de la plupart de ses attributions et prit ainsi une nouvelle importance. Il semble bien qu'un seul homme ne pouvait pas suffire à toutes ces occupations, aussi existait-il le plus souvent plusieurs comtes du palais à la fois en fonctions (2). Nous avons vu précédemment qu'il n'y avait pas sur ce point de règle fixe.

Dans le *De ordine palatii* (§ 21), Hincmar nous fait très nettement connaître le rôle du comte du palais. C'est à ce magistrat que les plaideurs devaient s'adresser lorsqu'ils interjetaient appel ou qu'ils étaient renvoyés devant la cour

(1) Voy. par exemple, Capit. de 802, cap. 5; Capit. de 802, cap. 19; Capit. de 803, cap. 4, dans Boretius, 93, 101, 115. — Muratori, I, 459. — C'était surtout en matière criminelle qu'intervenait ainsi la cour du roi. Voy. le Capit. de 802, cap. 32, 33, 36, 37, 38, Boretius, 97.

(2) Dans une de ses lettres, Eginhard nomme deux comtes du palais, Adalhard et Geboin et il laisse bien entendre que tous deux exerçaient en même temps (Lettre 11, dans la *Patrologie latine*, t. CIV, col. 513). De même le capitulaire relatif à la police intérieure du palais parle aussi de plusieurs comtes palatins (Boretius, 298).

du roi par un comte ou par un *missus*. « Le comte du palais, dit Hincmar, parmi ses attributions, presque innombrables, n'en avait pas de plus importante que de terminer selon la justice et la raison, tous les procès légaux qui, nés ailleurs, étaient apportés au palais pour y recevoir une solution conforme à l'équité et aussi de réformer les jugements mal prononcés, de manière à plaire à tous : à Dieu par sa justice, aux hommes par son respect des lois. Un cas se présentait-il que les lois séculières n'eussent pas prévu dans leurs décisions ou sur lequel la coutume païenne ait statué plus cruellement que ne le comportent la justice chrétienne et la sainte autorité de l'Église, on en remettait l'examen au roi, afin qu'avec l'assistance de personnes également versées dans l'un et l'autre droit et craignant la loi de Dieu plus que les lois humaines, il en décidât de façon à concilier ces législations toutes les fois qu'elles pouvaient l'être; si cela était impossible, la loi du siècle devait, comme il convient, céder devant la justice de Dieu (1). » On voit par ce texte que le comte du palais était compétent pour toutes les affaires nées hors de la cour du roi; sa compétence ne s'appliquait donc point aux procès de l'intérieur, c'est-à-dire des personnes qui appartenaient à la cour. Le comte était chargé d'abord d'instruire toutes les causes; il jugeait à la place du roi celles qui paraissaient simples et faciles, renvoyait au roi en personne les affaires difficiles et compliquées. Il va sans dire d'ailleurs que le roi aurait pu, s'il l'avait voulu, juger même les premières affaires. Parfois aussi des capitulaires apportèrent des restrictions au mandat du comte. Ainsi le capitulaire d'Aix-la-Chapelle de 812 lui interdit de juger les causes qui naissaient entre les grands, à moins d'un ordre spécial et contraire du prince (2); il semble bien d'ailleurs qu'il continuait à avoir le droit de les instruire. Le comte du palais

(1) Ed. Prou, p. 55.

(2) Capit. de 812, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 174; Boretius, 176 : « *Neque comes palatii nostri potentiores causas sine nostra jussione finire præsumat sed tantum ad pauperum et minus potentium justicias faciendas sibi sciat esse vacandum.* »

jouissait ainsi d'une véritable juridiction propre pour les affaires que le roi ne s'était pas réservées (1). S'il était empêché ou absent, un grand de la cour le remplaçait (2). De même le comte suppléait le roi même pour les affaires qu'il s'était réservées lorsqu'il était empêché ou absent (3). Mais le roi pouvait, s'il le préférait, en toutes circonstances, au lieu d'instruire ou de juger l'affaire par lui-même ou par le comte du palais, la renvoyer à un *missus* ou à un comte ordinaire et il déléguait alors à son choix ou l'instruction seule ou à la fois l'instruction et le jugement (4). Gibert (5) a autrefois prétendu que le plaid royal était tenu par le sénéchal et non par le comte lorsqu'il s'agissait de contestations relatives au domaine royal, mais cette opinion, qui ne repose sur aucun texte sérieux, ne compte plus aujourd'hui de partisans et on est au contraire d'accord pour admettre que ces procès comme les autres étaient soumis au roi ou au comte du palais.

Quant aux affaires ecclésiastiques de la compétence de la cour du roi, le comte était remplacé par l'apocrisiaire ; celui-ci remplissait exactement les mêmes fonctions pour ces contestations que le comte pour les procès laïques : il instruisait donc toutes ces causes, jugeait les unes et renvoyait les autres au roi en personne (6).

D'après Gibert, le plaid royal se tenait à l'entrée du palais : il se fonde, avec quelqu'apparence de raison, sur ce que dit le moine de Saint-Gall (7) à propos du cérémonial observé à la cour de Charlemagne pour la réception d'ambassadeurs envoyés par l'empereur d'Orient et aussi sur ce que dans la suite pendant plusieurs siècles nos rois ont tenu au même

(1) Capit. de 820, cap. 4, Boretius, 295.
(2) Capit. de 877, cap. 17, Pertz, *Leges*, I, 540.
(3) Voy. la note précédente.
(4) Voy. par exemple form. imp., 45, 46, dans Zeumer, p. 321 et suiv. — Meilchelbeck, *op. cit.*, nos 103 et 119. — Cpr. Fournier, *op. cit.*, p. 134. — Beauchet, *op. cit.*, p. 344.
(5) Dans les *Mémoires de l'Ancienne Académie des inscriptions*, t. XXX, p. 600.
(6) Hincmar, *De ordine palatii*, § 19.
(7) Lib. II, cap. 9.

endroit de leur palais un plaid qui portait pour cette cause le nom de plaid de la porte (1). D'ailleurs c'était là un usage et non une obligation : le prince pouvait tenir sa cour dans une autre partie de son palais ou même ailleurs et partout où il se trouvait dans ses États. Lorsqu'il arrivait dans une contrée, il pouvait, s'il le voulait, rendre la justice à la place du comte ou du *missus* (2). Il eut d'ailleurs été étrange qu'un droit appartenant au *missus* n'eût pas aussi existé au profit du roi; le *missus* n'exerçait à proprement parler ce droit qu'en qualité de délégué du roi.

Le plaid royal devait, d'après des capitulaires de Louis le Débonnaire et de son fils Lothaire, être ouvert au moins une fois par semaine (3). Il n'y avait sans doute là aucune obligation légale, mais les textes du temps nous prouvent que les rois veillaient à l'expédition régulière de la justice et il était parfois tenu jusqu'à trois plaids par semaine. Le plaid du roi était public ou fermé suivant les convenances du moment et la volonté du prince, mais plusieurs textes nous prouvent que la publicité était plutôt la règle et qu'un grand nombre de personnes assistaient toujours aux audiences royales (4). Plusieurs arrêts de Charlemagne nous l'apprennent par la formule suivante : « Charles, empereur, auguste... que dans notre palais nous siégions pour entendre les causes de tous et les terminer par un juste jugement, telles personnes se sont présentées devant nous... et nous, au milieu de nos fidèles, et ayant pris leur conseil, nous avons décidé. »

L'empereur siégeait entouré des personnages de sa cour. Il composait l'assemblée à son gré et jugeait aussi bien dans la réunion de ses courtisans que dans celle des grands, clercs et laïques de l'Empire. Hincmar nous apprend que dans ces assemblées on s'occupait d'abord des affaires de l'État et

(1) Gibert, *Recherches sur les cours souveraines*, dans Leber, *Collection de dissertations*, IV, 299.
(2) Voy. par exemple Pertz, *Scriptores* I, 368.
(3) Capit. de 828 et Capit. de 829, cap. 15, dans Pertz, *Leges*, I, 330 et 352.
(4) Voy. sur ces différents points, Beauchet, *op. cit.*, p. 350.

ensuite seulement des procès; on retenait les plus importants et les autres étaient renvoyées au comte du palais. Toutefois, on le sait, l'assemblée de la cour connaissait de toutes les affaires intérieures du palais (1).

Les conseillers de la cour du roi prenaient souvent le nom de *scabini dominici;* mais il ne faudrait pas croire qu'ils aient été chargés du rôle des scabins ordinaires; c'était simplement une manière de désigner les membres de la cour du roi, clercs ou laïques, arbitrairement choisis par le prince et dont les fonctions cessaient avec la cause ou tout au moins avec l'assise.

Il y avait aussi auprès de la cour du roi des conseillers spéciaux appelés *consiliarii*, *causidici*, véritables jurisconsultes chargés d'éclairer la cour sur les difficultés de droit qui pouvaient se présenter (2). C'est une question très controversée que celle de savoir si ces assesseurs de la cour du roi avaient voix délibérative ou consultative, s'ils étaient juges ou simples conseillers et on ne discute pas moins vivement sur le rôle du roi. Un seul point est certain : c'est que la cour du roi statuait suivant l'équité et non pas d'après le formalisme des juridictions ordinaires. Même en admettant que les assesseurs de cette cour aient été de véritables juges, il ne serait donc pas permis de les assimiler complétement quant aux fonctions aux *scabini* ordinaires. Nous le comprendrons mieux en nous occupant de la procédure. Mais il est fort douteux que les assesseurs de la cour du roi aient été même de simples juges d'équité. D'après une certaine doctrine, à la vérité, le rôle du roi serait identique à celui du comte : il présiderait, dirigerait le débat, instruirait la procédure, mais ne prendrait pas part au jugement qui serait l'œuvre exclusive de ses assesseurs (3). Cette opinion ne nous paraît pas exacte. Certains textes sans doute nous montrent le roi dirigeant la procédure, interrogeant les témoins, consultant ses assesseurs, et ils n'ajoutent pas ensuite que

(1) Hincmar, *De ordine palatii*, § 34, p. 85 de l'éd. Prou.
(2) Hincmar, *op. cit.*, § 21, p. 57. — Cpr. Bouquet, VI, p, 360.
(3) Voy. en ce sens, Beauchet, *op. cit.*, p. 347.

le roi a rendu le jugement ou tout au moins y a pris part (1). Mais d'autres textes, bien plus précis, établissent que le roi demandait un simple avis aux assesseurs de sa cour; il aurait pu à la rigueur instruire et juger seul, sans consulter personne (2). Eginhard constate que le prince avait le droit de juger sans son conseil et les capitulaires font plus d'une fois allusion à ce principe. L'assemblée était purement consultative, même lorqu'elle était présidée par le comte du palais. Hincmar nous présente bien ce magistrat comme rendant seul la justice (3). Sans doute le prince aurait pu, s'il l'avait voulu, et le cas a dû se présenter dans la pratique, conférer dans telle ou telle affaire voix délibérative à ses assesseurs ou même les laisser juger sans lui; mais c'était là une simple faculté et non une obligation. Il n'y avait aucune analogie entre la cour du roi et les tribunaux ordinaires. Elle était composée au gré du prince; elle échappait au formalisme de la procédure; elle jugeait selon l'équité; c'étaient les conséquences naturelles du principe qui voyait surtout dans le prince la source même de la justice. Interdire au roi de juger alors qu'il composait sa cour comme il voulait, qu'il avait le droit de grâce et pouvait relever de l'application des lois au nom de l'équité, eut été une véritable anomalie.

### § 35. — LES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES.

Enfin les assemblées générales des grands du royaume, clercs ou laïques, exerçaient bien certainement aussi le pouvoir judiciaire. Elles devaient d'ailleurs être saisies par le roi, mais alors elles jugeaient elles-mêmes et n'étaient pas réduites au rôle subalterne de corps consultatif. En général

(1) Voy. par exemple, Bouquet, V, 734, 776; VI, 300, 653; VIII, 567. — Zeumer, p. 161 et 196.

(2) Aussi ne saurions-nous admettre l'opinion suivant laquelle la présence de sept assesseurs au moins était nécessaire pour la validité du plaid royal. Aucun texte ne fait allusion à cette condition. En fait, les conseillers étaient beaucoup plus nombreux, mais il n'y avait aucune obligation pour le roi qui composait sa cour de la manière la plus arbitraire et selon son bon plaisir. Voy. en sens contraire, Beauchet, *op. cit.*, p. 347.

(3) *De ordine palatii*, § 21, p. 55 de l'éd. Prou.

on ne leur soumettait que des crimes de lèse-majesté ou contraires à la sûreté de l'Etat; parfois cependant d'autres affaires leur étaient déférées, mais le plus souvent à cause de leur nature politique. Sous le règne de Charlemagne, une assemblée nationale statua sur une contestation entre l'évêque de Trèves et l'abbé Assuerus (1). De même un procès de l'évêque du Mans contre le couvent de Saint-Calais fut porté *in conventu generali totius populi* (2). Mais les exemples de procès politiques sont plus fréquents; ainsi des grands de l'Austrasie s'étant révoltés, furent condamnés par une assemblée nationale tenue à Worms en 786, à être privés de leurs dignités et à perdre la vue (3). En 788, Tassillon, duc de Bavière, qui avait violé ses serments, comparut devant une assemblée générale et y fut condamné à mort, mais Charlemagne commua sa peine et se contenta de le faire enfermer dans un monastère (4). C'est encore le peuple, dans le sens qu'avait alors ce mot, *universus christianus populus*, qui, en 792, condamna Pépin le Bossu (5). En 828, l'assemblée d'Aix-la-Chapelle fut saisie d'un certain nombre de procès qui se rattachaient pour la plupart aux Marches d'Espagne (6). En 831, l'empereur fit citer devant l'assemblée générale ceux qui avaient pris les armes contre lui : « *Ut illorum causa discuteretur et dijudicaretur. Primumque a filiis ejus, ac deinde a cuncto qui aderat populo judicatum est ut capitalem subirent sententiam* (7). » On a remarqué, avec raison, qu'en général l'assemblée de la nation n'était réunie en cour de justice qu'autant que la contestation offrait un caractère politique ou qu'il s'agissait de statuer sur une coutume douteuse. Ces assemblées exerçaient le pouvoir judiciaire avec une certaine régularité et dans des circonstances plus ou

(1) Voy. Bouquet, V, 454.
(2) *Vita Sancti Alderici*, dans Bouquet, VI, 302.
(3) Voy. Pertz, *Scriptores*, I, 32.
(4) Pertz, *Scriptores*, I, 173.
(5) Pertz, *Scriptores*, I, 35.
(6) Pertz, *Scriptores*, I, 217.
(7) *Annales Bertin.*, a. 831, éd. Dehaisnes, p. 4.

moins fréquentes; c'était une conséquence naturelle de ce qu'elles avaient pris une nouvelle vie sous les Carolingiens.

§ 36. — JURIDICTIONS DES IMMUNISTES, DES GRANDS PROPRIÉTAIRES, ETC.

Nous avons déjà relevé les importants effets produits par la concession de l'immunité; nous avons notamment reconnu qu'elle confère le droit de justice dès l'époque mérovingienne. A plus forte raison en est-il encore ainsi sous les Carolingiens. La charte d'immunité retire d'abord au magistrat royal, au comte, le droit de pénétrer sur les terres de l'immuniste pour y exercer ses fonctions, notamment pour y rendre la justice. Mais il ne résulte pas de là, comme on l'a dit à tort, que l'immuniste doive livrer au magistrat royal les plaideurs qui habitent son domaine. Cette opinion, dominante en Allemagne, revient à dire que la concession de l'immunité ne confère pas à celui qui l'obtient le droit de justice à la place du comte (1). Il est vrai que certains textes, surtout ceux qui sont antérieurs au x[e] siècle, semblent plutôt interdire la juridiction au comte que la conférer à l'immuniste; ils disent que le comte ne jugera pas, mais ils n'ajoutent pas que ce droit appartiendra à l'immuniste, tandis qu'après le x[e] siècle, les concessions formelles et directes de la juridiction deviennent nombreuses et fréquentes. Cette différence est cependant, à notre avis, de pure forme et elle peut s'expliquer de plusieurs manières : les effets de l'immunité ne furent pas tous déterminés avec précision dès les premiers temps; sous la période franque, la souveraineté n'était pas encore morcelée comme elle le fut pendant la féodalité et on n'aurait pas compris la cession du droit de justice; elle n'était pas d'ailleurs dans l'intention du prince qui confé-

(1) Voy. dans ce sens Sohm, *Frankische Rechtsverfassung*, p. 350. M. Prost a reproduit avec beaucoup de talent la même doctrine en France, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1882. On trouvera l'indication d'autres auteurs dans Beauchet, *op. cit.*, p. 418 et suiv. M. Fustel de Coulanges, dans la *Revue historique* de Monod, et M. Beauchet se prononcent en sens contraire et admettent le droit de justice au profit de l'immuniste. Seulement le premier, on s'en souvient, ne traite la question que pour l'époque mérovingienne.

rait l'immunité; celui-ci n'entendait pas céder le droit de justice, mais charger seulement de son exercice l'immuniste aux lieu et place du comte; d'ailleurs cette juridiction de l'immuniste était, si l'on peut ainsi parler, également royale, en ce sens qu'elle relevait directement du roi comme celle du comte. C'est seulement à partir de l'époque où la féodalité est entrée en voie de formation qu'on a compris la véritable cession des droits de justice. Mais déjà avant le x^e^ siècle, de nombreux textes montrent l'immuniste rendant la justice aux lieu et place du comte (1). De certains textes, il est vrai, cités par Sohm, il résulte que l'avoué de l'immuniste devait parfois amener ou représenter au tribunal ordinaire tels ou tels habitants de l'immunité, mais ces textes ne prouvent rien contre notre solution, car nous allons voir en effet que, malgré la juridiction de l'immuniste, certains procès concernant des habitants du domaine, étaient portés devant le tribunal de droit commun.

La justice de l'immuniste est compétente pour juger les esclaves, les colons ou lites et les hommes libres qui résident sur le domaine. A vrai dire la charte d'immunité ne crée le droit de juridiction que vis-à-vis de ces derniers. Tout pro-

(1) On cite volontiers en ce sens Marculfe, liv. I, form. 3 et 14, mais nous préférons reconnaitre que ces textes n'emploient que des expressions vagues et générales. Nous en disons autant de la charte de Dagobert de 632 pour l'église cathédrale de Trèves, dans Dom Calmet, *Histoire de Lorraine*, I, *Preuves*, p. 250 et de la charte de Chilpéric pour Saint Arnoul, *op. cit.*, p. 269, de la charte du roi Louis pour l'abbaye de Pruim, *op. cit.*, p. 296. Tous ces textes sont cités par Beauchet dans son *Histoire de l'organisation judiciaire en France*, p. 426. En voici d'autres au contraire qui nons paraissent décisifs. C'est d'abord une charte de 855 accordée à la ville de Metz où il est dit : «... *Nec homines eorum per mallos byrgos publicos, nec per audientias nullus deberet admallare aut per aliqua iniquia ingenia præsument condemnare, nec freda vel teloneos exactare, aut aliquos paratos facere; sed in eorum privatas audientias agentes ipsius ecclesiæ unicuique de reputatis conditionibus directum facerent*. Voyez sur cette charte Beauchet, *op. cit.*, p. 425. Un diplôme de Charlemagne, pour l'église d'Osnabrück porte que le roi concède « *omne regale vel seculare judicium* ». (Moser, *Histoire d'Osnabrück*, en allemand, Appendice au 1^er^ volume, n° 1). De même un diplôme de Louis le Débonnaire de 858, rapporté par Shannat, dans son histoire de l'évêché de Worms, porte : *Nihil regiæ potestatis aut comes vel judex retineat, sed totum ad manus episcopi ejusque advocati respiciat.* Voy. aussi Beauchet, *op. cit.*, p. 426.— Cpr. Capit. de 755, cap. 6, Boretius, 32. — Capit. de 755, cap. 25, Boretius, 37.

priétaire, même s'il n'est pas immuniste, exerce un droit de justice domaniale sur ses colons et sur ses serfs, comme nous le verrons bientôt. Mais l'immuniste n'est compétent qu'autant que le procès s'agite entre serfs, colons ou hommes libres résidant sur le domaine (1). Lorsque le procès naît entre un habitant de l'immunité et un étranger, la juridiction ordinaire reprend sa compétence (2). Si l'habitant de l'immunité est demandeur contre l'étranger, il intente directement son action devant la justice ordinaire auprès de laquelle il est soutenu ou même représenté par l'avoué de l'immuniste. Est-ce l'étranger qui veut agir contre un habitant du domaine privilégié, il doit d'abord s'adresser directement à l'immuniste pour que celui-ci lui donne satisfaction. L'immuniste ou son avoué essaie d'arriver à une transaction; il peut même juger entre l'homme du domaine et l'étranger et la décision est obligatoire pour le premier, mais le second n'est pas tenu de s'y soumettre. Si l'étranger n'accepte pas cette décision ou si l'immuniste refuse de l'écouter, la justice ordinaire peut être saisie et dans ce cas encore l'immuniste ou son avoué vient assister l'homme du domaine (3). Toutefois, après le règne de Louis le Débonnaire, on applique même aux procès entre hommes de l'immunité et étrangers, la règle qui donne compétence au tribunal du défendeur et par ce procédé on arrive à étendre la juridiction de l'immuniste, car elle parvient à juger même les procès entre les étrangers et les hommes du domaine lorsque ceux-ci sont défendeurs (4).

D'ailleurs l'immuniste ou son avoué sont compétents pour statuer sur tous les procès civils. Certains auteurs s'appuient sur ce que ce juge est parfois appelé *centenarius*, pour prétendre que sa compétence est celle du centenier; il n'aurait dès lors pas pu connaître des questions d'état ni des procès

(1) Marculfe, liv. I, form. 3, Zeumer; p. 43.

(2) Capit. de 822-824, cap. 5, Boretius, 302.

(3) Chartes de Charlemagne et de Louis le Débonnaire, pour l'église du Mans, années 797 et 830, dans Bouquet, V, n° 72 et VI, n° 242. — Capit. de 802, cap. 16, Pertz, *Leges*, I, 105; Boretius, 211. — Capit. de 803, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 115.

(4) Voy. les nombreux textes cités par Beauchet, *op. cit.*, p. 441.

relatifs à la propriété immobilière. Mais en l'absence de textes sur ce point, nous croyons qu'il faut écarter toute distinction et l'emploi du mot *centenarius* s'explique sans peine dans le cas où le domaine de l'immuniste comprenait une ou plusieurs centaines.

Des difficultés plus sérieuses s'élèvent à l'occasion de la juridiction criminelle. Faut-il en principe la reconnaitre ou la refuser à l'immuniste? A notre avis, il y a lieu d'établir plusieurs distinctions (1). Il semble bien que l'immuniste puisse juger lorsqu'il s'agit d'un délit qui donne lieu à l'application d'une composition, car alors le procès est plutôt de droit privé que de droit public ou criminel. D'un autre côté, il n'est pas possible de refuser à l'immuniste le droit de correction qui appartient à tout propriétaire sur les serfs de son domaine et qui donne lieu aussi à une sorte de juridiction (2). Mais quant aux crimes véritables entraînant l'application d'une peine corporelle, ils échappent à la juridiction de l'immuniste ou tout au moins le magistrat royal, le comte ou le *missus* a le droit d'exiger que l'immuniste livre le coupable à la justice ordinaire (3), bien qu'il s'agisse de crime commis sur le territoire privilégié. Si en effet le crime avait eu lieu hors de ce territoire, il ne pourrait plus être question du

(1) Waitz refuse en principe la juridiction criminelle à l'immuniste, tandis que Beauchet (*op. cit.*, p. 442), la lui accorde. Nous nous rapprochons de la doctrine du premier.

(2) Capit. de 821, cap. 7, dans Pertz, *Leges*, I, 230; Boretius, 301.

(3) C'est ce qui résulte nettement du Capit. de 817, cap. 18, Pertz, *Leges*, I, 203 où il est dit : « *Aut si magister eorum vel advocatus, qui liber est, eos vel comiti vel misso nostro jussus præsentare voluerit, prædictum bannum nostrum sexaginta solidos componat.* » M. Beauchet dit qu'on peut expliquer ce texte en supposant un crime commis hors du territoire de l'immunité, mais dont l'auteur s'est réfugié sur le domaine privilégié. Il n'y a toutefois pas dans le texte un seul mot qui justifie cette explication. On a dit aussi que le diplôme de 775 (dans Bouquet, V, 727) réserve trois cas où la justice du roi est compétente ; donc dans tous les autres cas, même criminels, c'est celle de l'immuniste qui doit juger. Mais ce texte est à vrai dire étranger à notre question; il ne songe pas à la justice et a un objet plus général, réserver trois droits contre les hommes de l'immuniste, *de hoste publico, de warta*, (le droit de garde) et enfin *de pontibus componendis.* M. Beauchet invoque à l'appui de sa doctrine un capitulaire de 810, cap. 1, Boretius, p. 518 où il est dit *: In primis omnium jubendum est ut habeant ecclesiæ earum justitias, tam in vita*

privilège d'immunité et les agents royaux auraient, sans aucun doute, le droit de requérir la remise des criminels dans le cas où ceux-ci se seraient réfugiés sur le territoire d'un immuniste. Les capitulaires ont même eu soin d'assurer en pareil cas le respect de la loi. L'immuniste refuse-t-il de rendre le coupable, on lui fait trois sommations successives ; il encourt après la première une amende de 15 sous, après la seconde un amende de 30 sous, après la troisième une amende de 60 sous, sans préjudice de la réparation du dommage causé et de plus le comte est alors autorisé à pénétrer sur le domaine de l'immuniste pour arrêter le coupable ; toute nouvelle résistance faite à l'exercice de son autorité, devient d'une gravité exceptionnelle et fait encourir une amende énorme de 600 sous (1).

D'ailleurs sous les Carolingiens comme pendant la période précédente, le privilège d'immunité a bien moins pour objet de soustraire le domaine privilégié au pouvoir royal qu'à l'autorité de ses fonctionnaires locaux. Aussi le roi exerce son droit de surveillance sur les immunistes et leurs agents. Il peut même le déléguer à ses *missi dominici;* plusieurs capitulaires leur recommandent de rechercher si la justice est bien rendue et si la sécurité publique règne sur les domaines des immunistes (2). Il est non moins certain, malgré l'absence de tout texte sur ce point, que le roi aurait pu rendre directement la justice sur le territoire de l'immuniste. La question est plus douteuse pour les *missi dominici*, car plusieurs diplômes leur adressent la même interdiction qu'aux comtes ; seulement il n'est pas possible de savoir si ces dis-

*illorum qui habitant in ipsis ecclesiis, quamque in pecuniis et substantiis eorum.* » Mais, à notre avis, le mot *vita* ne suffit pas pour emporter attribution de la juridiction criminelle et pour en comprendre le vrai sens il faut le rapprocher de la suite du texte. On arrive alors à se convaincre que le capitulaire a entendu parler à la fois des procès qui concernent la personne et de ceux qui concernent les biens. Mais s'agit-il des contestations criminelles et des contestations civiles ou seulement de celles-ci ?

(1) Capit. de 803, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 113; Boretius, 113. — Cpr. Capit. de 779, cap. 9, Pertz, *Leges*, I, 36 ; Boretius, 48.

(2) Capit. de 819, cap. 9 et 23 ; Boretius, 289 et 291. — Capit. de 853, cap. 7, Pertz, *Leges*, I, 425.

positions sont générales ou spéciales. De même on peut sans aucun doute appeler de l'immuniste au roi, mais il ne parait pas que l'appel ait été porté au *missus* (1).

Sur le territoire privilégié, la justice est rendue par l'immuniste en personne ou par son délégué. Celui-ci porte dans les textes les noms les plus divers : *vocatus*, *vogatus*, *fogatus*, *advocatus*, *vicedominus*, *œconomus*, *majordomus*, *præpositus*, *defensor*, *centenarius*. Ceux qui refusent à l'immuniste le droit de juridiction sont par cela même amenés à restreindre les fonctions de l'avoué : elles consistent à exercer les droits de police et autres enlevés au comte, à livrer les habitants de la terre à la justice royale qui les réclame, à les assister devant cette justice et enfin à servir d'intermédiaire entre le comte et l'immuniste. Si l'on reconnait au contraire à celui-ci un droit de justice, alors il faut ajouter que l'avoué est aussi son délégué pour l'exercice de sa juridiction et en effet de nombreux textes donnent à l'avoué la qualité de *judex* ou disent qu'il doit *justiciam facere*. D'autres textes le menacent des peines qui sont encourues par les mauvais juges en cas de malversation. N'est-ce pas encore une preuve manifeste de son droit de juridiction (2)?

Les capitulaires prescrivent de prendre comme avoués des personnes honorables, à raison même de l'importance de leurs attributions (3). Ils ne veulent pas qu'on puisse choisir pour ces fonctions les centeniers du comte, soit pour mieux assurer l'indépendance de l'immuniste, soit pour empêcher les centeniers de se soustraire à la surveillance du comte (4). C'est qu'en effet les immunistes n'ont pas toujours choisi eux-mêmes leurs avoués. Les capitulaires nous disent que

(1) Capit. de 809, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 511. Voy. cependant Beauchet, *op. cit.*, p. 450.

(2) Capit. de 802, cap. 13 ; Capit. de 805, cap. 12; Capit. de 822-824, cap. 8 ; Boretius, 93, 224, 302. -- Capit. de Pépin de 791, cap. 29; Baluze, I, 548. — La *lex romana utinensis* donne à l'avoué la qualification significative de *judex privatus* (II, 18, 2). Voy. sur tous ces points Beauchet, *op. cit.*, p. 457 et 458.

(3) Capit. de 801-813, cap. 14, Boretius, 172.

(4) Capit. de 817, cap. 19, Pertz, *Leges*, I, 218 ; Boretius, 290.

ces magistrats sont élus *cum comite et populo* ou qu'ils sont choisis par les *missi*, parfois même par le roi en personne. Il est probable que ces avoués étaient en général nommés de la même manière que les centeniers (1). De bonne heure cependant, on voit les immunistes désigner eux-mêmes leurs avoués (2) et ce qui avait été un fait exceptionnel au début, ne tarda pas à devenir général.

L'immuniste ou son avoué rendait la justice à ses hommes de la même manière que le comte; il présidait un véritable tribunal d'échevins, dirigeait la procédure, mais ne prenait pas part au jugement (3).

De ce que la juridiction de l'immuniste était territoriale, M. Pardessus a conclu qu'on n'y observait pas le principe de la personnalité des lois (4). Mais cependant il nous semble résulter d'un diplôme de Louis le Débonnaire de 823 qu'il en était autrement. Ce diplôme en effet exige que l'immuniste choisisse des juges de la nationalité des parties, condition qui ne s'expliquerait pas si le système de la personnalité des lois avait été étranger à sa juridiction (5).

Il ne faut pas confondre avec la juridiction de l'immuniste, celle qui appartenait à tout propriétaire d'une terre vis-à-vis de ses serfs et colons. Nous avons recherché précédemment les origines de ce droit de justice domaniale, né peut-être des pouvoirs de police et de correction qui ont toujours appartenu, même à l'époque romaine, au maître sur ses serfs et sur ses colons. Nous ne pensons pas qu'à l'époque carolingienne cette justice existât sur d'autres personnes : elle était limitée aux esclaves et aux personnes de demi-liberté, mais elle ne s'appliquait pas aux vassaux libres. Les textes nous disent bien que le seigneur doit protéger son

(1) Capit. de 802, cap. 11; Capit. de 803, cap. 3; Capit. de 809, cap. 22; Boretius, 115, 151, 210. — Diplôme de 823 et de 846, dans Bouquet, VI, 535 et VIII, 382.

(2) Voy. par exemple un diplôme de Pépin d'Aquitaine dans Bouquet, VI, 674.

(3) Voy. par exemple Baluze, *Capitularia*, II, 823. — Pérard, *Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne*, p. 150.

(4) Pardessus, *Loi salique*, p. 596.

(5) Schöpflin, *Alsatia diplomatica*, I, 70.

vassal et lui assurer la justice, mais non pas la lui rendre; le vassal libre dépend donc des tribunaux ordinaires où il doit être assisté par son seigneur (1). Il y a plus : le propriétaire n'exerce son droit de justice qu'autant que le procès est né entre ses colons ou lites; si la contestation concerne un étranger et un lite, le tribunal du comte devient compétent (2). Dans le domaine du propriétaire, la justice se rend de la même manière que dans celui de l'immuniste ou au tribunal du comte : le maître préside en personne ou par son représentant, mais ce sont des tenanciers qui, en qualité de juges, rendent la sentence (3). Ce tribunal domanial se réunit une ou plusieurs fois par an, par exemple trois fois; on y suit la procédure du droit commun, procédure orale et formaliste. On peut admettre sans difficulté que dans cette juridiction, comme dans les autres aussi, c'est le système des lois personnelles qui est appliqué aux plaideurs; il importe seulement d'ajouter qu'il existe en outre dans les domaines les plus vastes, de véritables coutumes (*jus curiæ*) qui ont également force de loi.

On a parfois voulu assimiler à cette juridiction du propriétaire sur ses serfs et colons, celle qu'exerçait dans chaque villa du roi l'intendant ou *judex*. A notre avis, malgré l'existence de certaines ressemblances, cette comparaison n'est pas exacte. Nous connaissons pour l'époque carolingienne le rôle judiciaire de l'intendant de la *villa* impériale ou royale; il est nettement déterminé dans le capitulaire *De villis* (4). L'intendant d'un domaine du roi réunit à la fois au point de vue

(1) Capit. de 855, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 434. — Capit. de 856, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 437. — Edit de Pistes de 869, cap. 2, Pertz, *Leges*, I. 511. En ce sens Beauchet, *op. cit.*, p. 474 et suiv.— *Contra* : Lehuërou, *Histoire des institutions carolingiennes*, p. 225. — Toutefois un Capit. de 824-825, cap. 17, a donné dans un cas particulier la juridiction de répression au seigneur, vis-à-vis de son vassal. Boretius, p. 305.

(2) *Lex salica emendata*, tit. LII, § 1, p. 311 de l'éd. Pardessus.

(3) Ils peuvent aussi concourir à l'affaire comme témoins ou cojureurs. Cpr. Form. d'Anjou, nos 10, 29, 30, 46; Rozière, form. 473, 482, 488, 489. — Capit. de 803, cap. 2; Capit. de 812, cap. 2; Capit. de 863, cap. 18, dans Pertz, *Leges*, I, 113, 174, 492. — Schöpflin, *Alsatia diplomatica*, t. I, p. 70 et 79.

(4) Capit. *De villis*, cap. 4, 52, 56, 57, Boretius, 83 et 88.

judiciaire les pouvoirs d'un comte et ceux du délégué d'un propriétaire. Ainsi il a juridiction sur les serfs et colons qui habitent le domaine et il leur applique entre autres dispositions, le *jus curiæ*. Mais il peut aussi juger les causes des hommes libres établis sur la *villa* (*commanentes*) (1). Toutefois, aux uns et aux autres, il doit appliquer le système de la personnalité des lois ; de même le capitulaire autorise tous ces justiciables du *judex fisci* à interjeter appel devant le roi de la sentence rendue contre eux. Le prince tient en effet à ce qu'une bonne justice soit assurée aux habitants de ses domaines et il en fait à plusieurs reprises la recommandation à ses agents dans le capitulaire *De villis* (2).

Certaines communautés d'habitants jouissaient entre autres privilèges de la faveur d'être soumises à une juridiction spéciale. Ainsi les forestiers des Vosges, libres ou serfs, échappaient à la justice ordinaire, sauf en matière criminelle : leurs contestations étaient portées devant des juges qu'ils élisaient eux-mêmes (3). Un privilège analogue avait été reconnu en 815 à des Espagnols établis dans le midi de la France, mais avec moins d'étendue cependant : ils pouvaient soumettre leurs contestations les plus légères à l'arbitrage de leurs concitoyens. Mais les affaires civiles importantes et tous les procès criminels restaient au comte (4). En l'absence de textes, il parait téméraire d'affirme que ces arbitrages ou justices particulières aient existé en grand nombre; c'est, à notre avis, le contraire qui est vrai.

## § 37. — AUXILIAIRES DE LA JUSTICE.

Comme auxiliaires de la justice, on peut relever à cette époque quatre espèces de personnes : les défenseurs ou

(1) En sens contraire, Beauchet, *op. cit.*, p. 484. A notre avis, le capitulaire *De villis*, cap. 4 et 52, n'établit aucune distinction entre les hommes libres et les autres ; il recommande seulement à l'intendant de juger chacun selon sa loi.

(2) Voy. sur tous ces points le Capit. *De villis*, cap. 52, 56, 57. Le cap. 4 est plus particulièrement consacré à la juridiction de répression. Voy. ce que j'ai dit à cet égard dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1887, 2e série, t. XVI, p. 27.

(3) Formule impériale de 882, form. 43, Zeumer, p. 319.

(4) Capit. de 815, cap. 2, Boretius, 262.

comme on dira plus tard les prolocuteurs, les représentants ou mandataires *ad litem*, les greffiers ou notaires, enfin les agents d'exécution.

Les parties sont tenues en général de comparaître en personne (1), mais elles peuvent se faire assister d'un *defensor* ou *causidicus* et certains capitulaires recommandent même aux comtes de donner d'office des défenseurs à ceux qui ne sont pas en état d'exposer leur propre cause (2). Le comte exerce sur ces *causidici* un véritable pouvoir disciplinaire : il a le droit de chasser d'office du tribunal tout défenseur qui manque à ses devoirs et, en cas de résistance, le récalcitrant encourt une amende de 60 sous ; le comte peut aussi, mais seulement à la demande de l'adversaire, condamner le *causidicus* de l'autre partie à une amende de 15 sous lorsqu'il est convaincu de mauvaise chicane (3).

On sait que le droit romain permettait d'une manière générale aux plaideurs de se faire représenter en justice par des *cognitores* ou des *procuratores* et ce système passa du droit romain dans celui des Bourguignons ainsi que dans celui des Visigoths. Mais le droit franc demeura fidèle aux coutumes primitives. Il est curieux de constater que les premiers législateurs ont une tendance marquée à imposer aux plaideurs la comparution personnelle à l'audience : ils pensent que ce procédé est de nature à amener plus facilement des transactions et que dans tous les cas il assure mieux la découverte de la vérité. C'est ainsi que le très ancien droit romain interdisait, lui aussi, en principe et sauf de rares exceptions, la représentation en justice. Le même système se retrouve dans le droit franc. En principe il fallait comparaître en personne. Celui qui avait la capacité physique et civile de plaider, ne pouvait à l'origine envoyer un mandataire qu'en vertu d'une permission spéciale du roi (4). Mais les incapables et les infirmes n'avaient pas besoin de cette

(1) Capit. de 802, cap. 9, Pertz, *Leges*, I, 92 ; Boretius, 93.
(2) Capit. de 817, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 210; Boretius, 281.
(3) Capit. de 803, cap. 4 et Capit. de 819, cap. 4, Boretius, 113 et 292.
(4) Marculfe, liv. I, form. 27, Zeumer, p. 56.

autorisation pour constituer des procureurs (1). Enfin d'autres personnes, à raison même de leur qualité, avaient aussi le droit de constituer des mandataires en justice. Ainsi les évêques, les abbés nommaient des *advocati* qui étaient leurs procureurs judiciaires; le même rôle appartenait aux avoués des immunistes laïques et nous avons vu que ces personnages représentaient non seulement l'immuniste lui-même, mais encore les habitants de l'immunité toutes les fois qu'ils devaient comparaître par exception devant la justice ordinaire (2). D'ailleurs c'était là une simple faculté et non une obligation : au lieu de comparaître par l'intermédiaire d'un avoué, on pouvait toujours se présenter en personne (3). Ces avoués des immunistes avaient un caractère officiel ; aussi étaient-ils nommés de la même manière que les scabins (4). Mais les autres représentants des plaideurs ordinaires n'avaient pas la même qualité; tout au moins aucun texte n'y fait allusion. C'étaient donc de véritables mandataires ordinaires. Aussi peut-on hésiter à leur étendre certaines dispositions qui parlent seulement des *advocati* des immunistes, notamment celle qui leur permet de prêter serment, même aux lieu et place du représenté (5). Dans tous les cas, il est certain qu'en principe les plaideurs non privilégiés ne pouvaient pas se faire représenter dans les questions d'état ni en matière criminelle, sauf exception pour le duel judiciaire où il était permis aux plaideurs hors d'état de combattre en personne, clercs, femmes, enfants, corporations, de prendre des champions (6).

(1) Voy. Marculfe, liv. II, form. 31, Zeumer, 95. — Sirmond, form. 20 et 46 (dans Zeumer, form. de Tours 20 et 45).

(2) Vaissète, *op. cit.*, I, n° 29 et 47. — Capit. de 819, cap. 28, Pertz, *Leges*, I, 218; Boretius, 291.

(3) Muratori, *op. cit.*, 460 et 974. — Vaissète, *op. cit.*, I, n° 95.

(4) Capit. de 803, cap. 3, Boretius, 115.

(5) Capit. de 782, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, 43; Boretius, 192.

(6) Capit. add., cap. 14, Baluze, I, 194. — Capit. de 818, cap. 10, Boretius, 283. D'après ce dernier texte, le champion vaincu dans le combat judiciaire doit avoir le poing de la main droite coupé. — Thévenin, *op. cit.*, p. 269, a groupé un certain nombre de textes où il est question des mandataires et des *advocati* des plaideurs.

Dès la fin de la période mérovingienne et peut-être même déjà auparavant, apparaît aussi dans les cours ordinaires de justice, sous le nom de *notarius*, *cancellarius*, *scriba*, un auxiliaire nouveau de la justice, chargé de rédiger le jugement par écrit et d'en délivrer une copie au gagnant (1). Cette expédition, *carta judicii*, *judicium*, *notitia*, *testamentum*, *placitum*, n'a pas d'ailleurs le caractère d'un acte authentique. On ne connaissait, en effet, à cette époque qu'une seule classe d'écrits et ils pouvaient tous être attaqués de la même manière. Les actes émanés du roi étaient seuls protégés d'une façon spéciale : celui qui avait prétendu à tort un de ces actes entaché de faux, était assimilé au coupable du crime de lèse-majesté (2).

Le greffier était, à vrai dire, chargé d'un travail purement matériel, de la rédaction écrite du jugement; sa signature n'était pas nécessaire; on exigeait plutôt celles des scabins qui confirmaient ainsi leur sentence (3).

Les notaires ou greffiers étaient nommés de la même manière que les scabins et les *advocati :* le comte choisissait son greffier avec la participation de pure forme des habitants du pays. Un capitulaire réserve aussi aux *missi* le droit de nommer les greffiers ou notaires (4). Il parait même résulter d'un capitulaire de Thionville que les évêques, les abbés ou les comtes étaient tenus d'avoir des notaires ou greffiers, car les deux termes sont synonymes à cette époque (5). Ces notaires devaient réunir certaines conditions d'honorabilité et de capacité ; ils prêtaient avant d'entrer en fonctions un serment, celui de ne jamais commettre de faux ni de dissimulation (6). Leurs fonctions ne se bornaient pas à la rédaction des juge-

(1) Voy. form. d'Anjou, 53, Zeumer, 23. — Rozière, form. 465 et 478. — Loi des Ripuaires, tit. LIX, § 7.

(2) Loi des Ripuaires, tit. LIX, § 1 et suiv., tit. LX, § 6.

(3) Formules d'Anjou, 12, 14, 15, Zeumer, 9. — Vaissète, *op. cit.*, I, 7, 76, 98, 133.

(4) Capit. d'Anségise, III, 43, Pertz, *Leges*, I, 305. — Capit. de 803, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 115; Boretius, 115.

(5) Cap. de 805, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 131.

(6) Capit. de 832, cap. 13 et Capit. de 856, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 361 et 438.

ments : ils dressaient aussi tous les actes du ministère des magistrats auprès desquels ils étaient établis, qu'il s'agit de juridiction gracieuse ou de juridiction contentieuse (1). D'ailleurs tout notaire pouvait exercer son ministère en dehors de son ressort ordinaire, mais avec la permission du comte auquel il était attaché. Des dispositions des capitulaires déterminaient le tarif des émoluments de ces greffiers (2) : pour les actes les plus importants, leur salaire était fixé à une demi-livre d'argent; pour les autres, il devait être inférieur à cette somme et arrêté par le comte. Enfin ces agents prêtaient gratuitement leur ministère aux orphelins et aux pauvres. Tout ce qui précède suffit, à notre avis, pour établir que ces notaires ou greffiers étaient de véritables fonctionnaires et non pas, comme on l'a dit à tort, de simples particuliers non revêtus d'un caractère officiel.

Il existait aussi un nombre assez considérable d'agents judiciaires subalternes, chargés sous les noms divers de *milites*, *custodes*, *satellites*, *lictores*, d'exécuter les ordres des magistrats et les décisions de la justice, aussi bien en matière criminelle qu'au civil. A partir du jour où l'ajournement en personne tomba en désuétude, ce furent ces huissiers qu'on chargea des assignations (3); ils veillaient à l'exécution de la *bannitio* ; ils assuraient la comparution des accusés et exécutaient les sentences criminelles (4). Celui qui était chargé des fonctions de bourreau portait en outre le nom de *quæstionarius* parce qu'il appliquait aussi la torture. Les exécutions se faisaient le plus souvent au lieu même où se rendait la justice. Aussi était-il interdit aux tribunaux de siéger près des églises, afin que ces asiles de la miséricorde divine ne fussent pas affligés par le spectacle des exécutions (5).

La bassesse même de ces fonctions les interdisaient aux

(1) Capit. de 781, cap. 3 et Capit. de 828, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 40, 232.
(2) Capit. de 803, cap. 3 et Cap. de 832, cap. 13, Pertz, *Leges*, I, 121, 361.
(3) Capit. de 864, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, 489.
(4) Voy. par exemple *Vita sancti Amandi*, n° 12, dans Bouquet, III, 533. — Voy. Waitz, *op. cit.*, IV, p. 410, note 2 de la 2e éd.
(5) Capit. de 853, cap. 7 et Capit. de 873, cap. 12, Pertz, *Leges*, I, 419 et 521.

hommes libres. Ceux qui en étaient chargés étaient pris dans la classe servile, mais leur vie était toutefois protégée par la composition des lites (1).

Telles sont les institutions judiciaires dont les Carolingiens dotèrent leur empire. Elles ne lui survécurent pas et disparurent sous l'action de la féodalité. Les Carolingiens avaient voulu organiser une justice royale puissante avec une hiérarchie de magistrats et de fonctionnaires. Cet essai fut détruit par la féodalité. La justice royale fut même un instant menacée par les juridictions seigneuriales ou ecclésiastiques. La hiérarchie administrative, si l'on peut ainsi parler, disparut pour faire place à celle qui résultait des rapports de suzerain à vassal. Aussi ne fut-il plus question d'appel du comte au *missus* et du *missus* au roi. Les *scabini* et les autres fonctionnaires de l'ordre judiciaire durent le plus souvent céder la place aux pairs des parties et ainsi reparut un élément populaire dans l'administration de la justice. Tous ces changements eurent leur cause dans les faits qui préparèrent l'avènement du régime féodal. Au point de vue judiciaire, il faut surtout relever les concessions de plus en plus fréquentes et dangereuses des privilèges d'immunité. En accordant ces privilèges, le prince enlevait ceux qui les obtenaient à la justice ordinaire. Lorsque des rapports de vassalité s'établirent non plus seulement entre le roi et ses fidèles, mais entre tout grand et les faibles qui réclamaient sa protection, il se produisit aussi une tendance naturelle à faire juger les procès par le suzerain. Ce fut certainement là une des causes qui favorisèrent le plus le développement de la justice féodale aux dépens de celle du roi. Les avoués des immunistes contribuèrent largement à cet affranchissement de la justice

(1) Chez les Visigoths, l'huissier appelé *sagio* (peut-être de *suchen*, *rechercher*, *inquirere*) était pris dans la classe des hommes libres, parce qu'il était en outre chargé d'autres fonctions plus importantes. On trouvera des indications sur ces différents auxiliaires de la justice dans Waitz, *op. cit.*, 2e éd. t. IV, p. 208 et suiv.; Beauchet, *op. cit.*, p. 486 et suiv. On remarquera toutefois que ces auteurs refusent tout caractère officiel aux *advocati* et aux notaires ou greffiers.

royale; ils refusèrent de la saisir des contestations qui auraient dû lui être déférées et permirent ainsi aux immunistes d'aspirer à une sorte de souveraineté territoriale.

D'ailleurs ces avoués songèrent en même temps à leurs propres intérêts : en retour de leurs services, ils se firent concéder des avantages importants, partagèrent d'abord la justice avec l'immuniste et finirent même par la lui disputer. De leur côté les propriétaires d'alleux suivaient la même voie : ils élargissaient sans cesse la sphère de leur action et de leur compétence. Ainsi se formaient de toutes parts de petites souverainetés locales qui allaient étouffer pendant un certain temps le pouvoir royal. C'est ce que nous verrons avec plus de détails au début de la période suivante (1).

(1) Ceux qui voudront dès maintenant assister à ce travail d'enfantement de la féodalité, pourront se reporter au livre de notre ami M. Flach, *Les origines de l'ancienne France*, p. 137 et suiv. Voy. par exemple, sur les abus des avoués, *Textes relatifs à l'histoire du parlement*, publiés par Langlois, n° 1, p. 1.

## CHAPITRE IX.

## La procédure.

---

### § 38. — LA PROCÉDURE DE LA LOI SALIQUE EN MATIÈRE DE CONTRAT ET DE REVENDICATION.

Parmi les procédures barbares, la plus curieuse est bien certainement celle de la loi salique, à raison même de son ancienneté. L'étude de cette loi nous fait connaître, pour ainsi dire, le droit préhistorique des Barbares. Mais à cette époque reculée, le droit lui-même ne se dégage pas encore des formes qui l'enveloppent, de la procédure qui lui sert de sanction. Aussi s'est-on attaché, dans ces derniers temps, à cette vieille procédure, moins pour connaître ses formes que pour découvrir les principes de droit qui s'y cachent. De même que pour l'étude de l'organisation judiciaire, il importe de distinguer deux périodes, l'une antérieure, l'autre postérieure à l'établissement des Francs en Gaule.

Ce qui frappe surtout dans cette antique procédure de la première période, ce sont les analogies avec la procédure primitive du droit romain, avec les actions de la loi. Nous ne relèverons pas ici des ressemblances de détail dont l'énumération serait trop longue, nous nous bornerons à signaler l'analogie principale qui explique toutes les autres. Le caractère essentiel de la procédure franque, comme celui de l'ancienne procédure romaine, consiste en ce qu'elle est l'œuvre de la partie privée, bien plus que celle de la puissance publique. La partie lésée poursuit et obtient par elle-même la réparation du préjudice qu'elle a souffert. Cette procédure est composée d'une série d'actes solennels et sacramentels rigoureusement imposés aux plaideurs; c'est encore là un caractère commun aux législations primitives

que les *Institutes* de Gaius nous ont fait connaître avec détail pour la procédure romaine des *legis actiones*. Sous la loi salique comme au temps des *legis actiones*, on peut distinguer deux sortes de procédures, l'une qui débute par des actes d'exécution, l'autre qui s'ouvre par un débat contradictoire. Dans la première (le *testare* en droit salique, la *manus injectio* ou la *pignoris capio* en droit romain), le magistrat n'intervient que pour assister la partie privée (1). Dans le second cas, la procédure devient judiciaire et se rapproche davantage des formes modernes; telles sont la procédure de l'*actio sacramenti* chez les Romains, la procédure *ex delicto* chez les Francs. Les deux sortes de procédures de la loi salique se distinguent dès leur début : l'une commence par des actes d'exécution; l'autre par la *mannitio* qui correspond à notre ajournement. Dans la première procédure, la loi présume que le demandeur a raison s'il affirme son droit de la manière prescrite, sans d'ailleurs être tenu de le prouver; seulement, si plus tard il est établi qu'il avait tort, il est sévèrement puni. L'inobservation d'une solennité, l'exercice d'un pouvoir qui ne peut se justifier, l'emploi irrégulier d'une forme de procédure se retournent contre l'auteur de l'acte et lui font encourir la peine à laquelle son adversaire aurait été condamné s'il avait succombé. Cette première procédure a pour objet ou l'exécution d'un contrat ou la revendication d'un meuble. On se rappelle que les contrats se forment nécessairement *re* ou *verbis*; ils naissent *ex re præstita vel ex fide facta*. La loi salique ne connaît pas, on s'en souvient, les contrats consensuels ni même les contrats synallagmatiques. Les contrats que nous appelons bilatéraux, la vente par exemple, ne produisent action qu'autant qu'une des parties a exécuté sa prestation ou qu'ils ont été convertis, par une véritable novation, en *fides facta;* par l'effet de cette exécution ou de la novation, le contrat devient unilatéral.

L'action naissant *ex re præstita vel ex fide facta* permet de commencer presqu'immédiatement par les voies

(1) Dans la *pignoris capio* il n'intervient même pas.

d'exécution (1). Le premier acte de la procédure d'une action personnelle *ex contractu*, c'est le *testare* (2), c'est-à-dire la sommation faite au débiteur, devant trois témoins, d'acquitter son obligation, par exemple de payer la somme due, de rendre la chose prêtée. Il ne s'agit donc pas pour le débiteur ni d'avouer, ni de nier la dette, il ne peut que consentir à payer ou refuser. S'il consent à s'acquitter de la dette, il faut alors s'entendre sur le mode de paiement et à cette occasion les trois témoins vont jouer un rôle important. C'est qu'en effet la monnaie étant fort rare, il y aura plutôt *datio in solutum* que paiement. Le débiteur s'acquittera en bêtes de somme, en moutons, en habits, en esclaves et les trois témoins, devenus de véritables arbitres, auront à déterminer la valeur des choses données (*pretium adpretiare*). Le défendeur n'est pas obligé d'accepter comme arbitres les trois témoins du demandeur; s'il les récuse, les arbitres sont alors choisis d'un commun accord (3). Si le défendeur refuse de payer, il encourt une amende de 15 ou 30 sous. Le créancier s'adresse au comte ou au *tunginus* et lui expose sa prétention dans une formule consacrée. Le demandeur obtient du comte ou du centenier un véritable permis d'assigner (*lex dominica*) ordonnant au défendeur de comparaître à une époque déterminée (4). L'ordre de comparaître s'appelle *bannitio*. L'ajournement se fait par le demandeur lui-même accompagné de trois témoins, au domicile du débiteur; si celui-ci n'est pas présent, il faut parler à sa femme ou à quelqu'un de la maison (5). On ne connaît pas d'une manière précise le délai fixé par la loi salique pour la comparution. Déjà au temps de Tacite, les Germains comptaient par nuits

(1) Pardessus et d'autres ont cru que la procédure qu'on va exposer est propre au cas de *fides facta*; mais c'est une erreur, elle s'applique aussi au cas d'obligation née *ex re præstita* et par conséquent à tous les contrats civilement obligatoires, c'est-à-dire qui donnent action en justice. Voy. loi salique, tit. LII, § 4 et 5, éd. Merckel (éd. Pardessus, p. 29).

(2) Loi salique, tit. L, § 1, éd. Merckel (éd. Pardessus, p. 28).

(3) Loi salique, tit. L, éd. Merckel.

(4) Loi salique, tit. I, éd. Merckel (éd. Pardessus, p. 3).

(5) Loi salique, tit. I (Pardessus, p. 3).

et cet usage traditionnel s'est maintenu dans la loi salique. Cette loi nous fait connaître certains délais spéciaux : sept ou dix nuits pour différentes sommations extrajudiciaires (1): quatorze nuits à celui qui, ne voulant pas exécuter la sentence des rachimbourgs, doit comparaître au tribunal du roi (2); sept nuits pour comparaître et à deux ou trois reprises successives, au maître qui refuse de livrer son esclave pour qu'on le mette à la torture (3); quarante nuits pour se présenter au *mallus* lorsqu'il s'agit de revendiquer un meuble entre les mains d'un tiers (4). Il est possible que ce dernier délai ait été également observé dans les procès relatifs aux contrats. Il aurait ainsi formé le délai de droit commun, tout au moins en matière civile. Ce qui est certain, c'est que plus tard, le délai général des ajournements fut fixé à quarante nuits dans un plaid tenu en 758, puis dans un capitulaire de 819 (5).

Mais le créancier est sauvegardé dans ses droits longtemps avant l'expiration du délai d'ajournement. Avant même que le magistrat lui ait permis d'assigner, et par cela seul que le débiteur n'a pas consenti à payer à la suite du premier *testare*, le créancier demande au magistrat et obtient de lui une mainmise, une sorte de saisie générale sur tous les biens (meubles) du débiteur, système d'exécution fort imparfait, mais rapide et économique; tous paiements ou gages faits ou donnés par le débiteur à d'autres créanciers après cette mainmise seraient nuls. Ce créancier se rend au domicile du débiteur avec ses témoins pour lui signifier cette mainmise et le sommer de nouveau de payer; une troisième sommation est même nécessaire. Chacune des sommations doit avoir lieu à huit jours d'intervalle au moins et fait encourir trois sous d'amende au débiteur.

(1) Loi salique, tit. XLV, L et LII, éd. Merckel.
(2) Loi salique, tit. XLVI, éd. Merckel.
(3) Loi salique, tit. XL, éd. Merckel.
(4) Loi salique, tit. XLVII, éd. Merckel.
(5) Mabillon, *De re diplomatica*, p. 493. — Pardessus, *Loi salique*, p. 599.— Capit. de 819, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 225; Boretius, 292.

Arrivons maintenant à l'expiration du premier délai d'ajournement devant le tribunal du *tunginus*. Si le défendeur fait défaut au premier plaid, il est ajourné jusqu'à six fois, d'après la loi des Ripuaires (1), et trois fois d'après la loi salique. Chacune des réassignations est faite en présence de trois rachimbourgs et, à chaque défaut, le défendeur est condamné à une amende de 15 sous. Est-ce le demandeur qui fait défaut, on délivre au défendeur un simple congé de l'ajournement, appelé *solsadia*, donnant acte de la non comparution de l'adversaire (2); il est ainsi nommé parce qu'il constate qu'il a attendu son adversaire jusqu'au coucher du soleil. Le demandeur est obligé de payer une composition de 15 sous, mais il peut d'ailleurs renouveler son assignation.

Le défendeur fait-il défaut, le demandeur expose au *graf* l'inutilité des ajournements et requiert, à ses risques et périls, d'être définitivement mis en possession des biens du débiteur. Cette demande est accompagnée de l'énonciation de la somme due. Alors le *graf* réunit sept rachimbourgs se rend avec eux à la demeure du débiteur, somme ce dernier de payer; s'il est absent ou refuse d'acquitter sa dette, le créancier devient définitivement propriétaire des biens du débiteur d'après l'estimation des rachimbourgs jusqu'à concurrence du montant de la dette et le *fredus*, fixé au tiers, est perçu par le *graf* (3).

Toutes ces rigueurs ne sont pas encourues par le défendeur qui est dispensé de comparaître en vertu d'une cause d'excuse, à la condition qu'il la fasse valoir. D'un autre côté, on ne peut sommer de payer ni ajourner ceux qui sont absents pour le service du roi (4) à peine de nullité de la procédure.

(1) Tit. XXXII.
(2) Mabillon, form. 12, 13, 14, 16.
(3) Loi salique, tit. LII, éd. Merckel (éd. Pardessus, p. 29).
(4) Loi salique, tit. I. Même prohibition vis-à-vis des mineurs, d'après la loi des Ripuaires, tit. LXXXI. Cpr. Capit. de 819, cap. 5 qui oblige pour certains procès concernant les mineurs, à attendre qu'ils aient atteint l'âge de douze ans. Boretius, 293.

Si le défendeur répond à l'assignation, les deux parties comparaissant, le *tunginus* organise le mall. Ici reparait la question de savoir par qui et comment sont choisis les rachimbourgs ; ils doivent être, on le sait, de la nationalité des parties.

La procédure et les débats sont publics (1). Si le demandeur, quoique créancier, n'a pas ponctuellement observé les formes, par exemple, s'il n'a pas renouvelé ses sommations ou ses assignations autant de fois que le veut la loi, il perd sa créance, doit restituer les objets saisis et ne peut plus agir à l'avenir (2). Est-il établi que le demandeur n'est pas créancier, il doit restituer les objets saisis et de plus payer 15 sous au défendeur (3). Chacun est ainsi puni de sa faute : celui qui se prétend à tort créancier commet un délit comme le débiteur qui refuse d'acquitter sa dette. Enfin est-il établi que le demandeur est créancier, le défendeur succombe et, s'il ne veut pas exécuter spontanément le jugement, les choses se passent alors comme dans le cas où il a fait défaut : le graf, chargé d'exécuter le jugement des rachimbourgs, se rend à la demeure du débiteur, accompagné de sept rachimbourgs, somme le débiteur de payer, et, en cas de refus ou d'absence, les rachimbourgs délivrent au créancier une partie des biens du débiteur jusqu'à concurrence du montant de la créance.

Cette procédure, qui débute au lieu de finir seulement, par des voies d'exécution et prend la forme de saisie, est très fréquente dans les législations primitives (4). Elle se retrouve dans un certain nombre de lois barbares, notamment dans la loi des Ripuaires, dans celle des Burgondes, dans celles des Bavarois, des Frisons, des Lombards (5). Nous en avons également signalé ailleurs la trace dans le droit anglo-saxon. Mais

(1) Cpr. loi des Bavarois, XVI, 2.

(2) Loi salique, tit. LXXIV, éd. Merckel.

(3) Loi salique, *loc. cit.*, v[is] *Male pignoraverit.*

(4) Voy. ce que dit à cet égard Sumner-Maine, *Étude sur l'histoire des institutions primitives*, traduction française, p. 332 et suiv.

(5) Voy. Sohm, *Procédure de la loi salique*, p. 26 et suiv., trad. Thévenin. V. surtout, loi des Burgondes, XIX, 3; lois de Rotharis, chap. 264; lois de Luitprand, chap. 41; loi des Frisons, *additio sapientum*, IX, 2.

de bonne heure cependant cette procédure par voie de saisie tend à disparaître et devient tout-à-fait exceptionnelle. Dès que la civilisation se développe, elle paraît trop grossière et trop brutale, aussi la remplace-t-on par des formes moins rigoureuses.

La procédure de revendication présente aussi des analogies frappantes dans les diverses lois barbares. Chose curieuse, la loi salique ne parle pas de la revendication d'un immeuble, mais seulement de celle d'un meuble, et la procédure qu'elle organise pour la protection des meubles laisse entrevoir quelques germes de la théorie qui, plus tard, se résumera dans la règle de notre article 2279 : *en fait de meubles, possession vaut titre*. Et d'abord, il est certain que celui qui réclame une chose mobilière comme sienne, intente, dans le droit germanique, une action pétitoire et réelle, bien qu'on ait voulu contester l'un et l'autre de ces deux caractères (1). Comme à Rome, il faut que le demandeur puisse déterminer la chose qu'il entend revendiquer (2). Mais alors que dans le droit romain il est tenu de prouver comment il est devenu propriétaire et que, cette preuve faite, la loi ne lui impose plus aucune charge, au contraire, dans le droit barbare, le demandeur doit établir qu'il était en possession et qu'il a perdu cette possession contre son gré. Ainsi il n'est pas question de prouver en vertu de quel mode on est devenu propriétaire, il suffit de montrer qu'on avait la possession; mais il faut, en outre que le demandeur établisse qu'il a sans son consentement perdu cette possession. Celui qui a volontairement cessé d'être possesseur d'une chose ne peut la réclamer qu'à la personne à laquelle il l'a livrée, mais alors il agit par l'action personnelle *ex re præstita* (3). L'action en revendication suppose donc le meuble perdu ou volé (4). La loi salique

(1) Loi salique, tit. XXXVII, XLVII, LXXXIX, éd. Merckel; loi des Ripuaires, tit. XXXIII, 1; XLVII, 1; LVIII, 8.

(2) Loi des Ripuaires, tit. XXXIII, 1; tit. LXXII, 9.

(3) Cette théorie s'est maintenue pendant tout le moyen âge. Voyez ce que j'ai dit à cet égard dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, p. 279, note 20.

(4) Loi salique, tit. XXXVII, éd. Pardessus, p. 19.

parle de *furtum perdere;* ce qui comprend non seulement le vol, mais toute dépossession involontaire, comme par exemple si un animal s'est échappé (1). D'un autre côté, dans les lois germaniques, il y a vol, dès qu'une personne s'empare d'une chose appartenant à autrui avec l'intention de se l'approprier, lors même qu'il n'y aurait pas eu soustraction frauduleuse : tel est le cas où l'on garde pour soi un objet trouvé (2).

Celui qui a été privé de son meuble involontairement doit commencer par le rechercher ; assisté de ses voisins, il s'efforce de découvrir les traces laissées par le voleur ou par l'objet, par exemple par l'animal; si la trace le conduit à une maison, il a le droit d'exiger qu'on lui ouvre toutes les portes (3). Le maître de la maison s'oppose-t-il aux recherches, il devient lui-même voleur (4) et comme tel, la loi salique le condamne à la somme de soixante-trois sous, ce qui représente la plus forte amende dont soit frappé le vol (5). Mais il est interdit à celui qui fait la perquisition d'employer la violence s'il rencontre de la résistance, au risque d'encourir de son côté une amende de quinze sous (6). Cette procédure de la perquisition pour retrouver l'objet volé et la peine particulièrement sévère prononcée contre le propriétaire qui refuse de la laisser pratiquer dans sa maison, ne sont pas seulement consacrées par la loi salique, celle des Ripuaires, celle des Burgondes et celle des Bavarois, mais encore par plusieurs lois de l'antiquité ou par des coutumes très reculées. Nous sommes encore ici en présence d'une de ces institutions primitives de l'humanité qui se sont longtemps conservées au

(1) Cpr. loi des Ripuaires, tit. LXXV.

(2) La loi des Ripuaires (tit. LXXV) ordonne à celui qui a trouvé ou saisi sur la route ou arraché des mains des voleurs un cheval, un esclave, un objet quelconque, de donner publicité à sa trouvaille : il doit d'abord exposer trois fois la chose au tribunal ordinaire et ensuite au tribunal du roi, sinon il est voleur.

(3) Cpr. Loi des Burgondes, tit. XVI, § 1.

(4) Loi des Ripuaires, tit. XLVII, § 1 ; loi des Burgondes, tit. XVI, § 1 ; loi salique, tit. LXVI, éd. Merckel.

(5) Loi salique, tit. LXVI. Cpr. tit. II, § 17; tit. III, § 8; tit. IV, § 5.

(6) Loi des Ripuaires, tit. XLVII, § 3.

travers des âges. Cette procédure formaliste, solennelle et parfois même bizarre se retrouve, sauf des différences de détail sans importance, à Rome comme en Grèce, en Islande comme chez les Scandinaves et même parmi les Tchèques (1).

(1) Loi des Ripuaires, tit. XLVII. — Loi des Burgondes, tit. XVI. — Loi des Bavarois, tit. X et XIV. — La loi des Douze Tables permet à celui qui se dit victime d'un vol de pratiquer une perquisition dans la maison de celui qu'il prétend être le détenteur de son objet. La recherche se fait d'une manière solennelle et symbolique: celui qui la pratique se présente un plat à la main et avec une ceinture pour tout vêtement et s'il parvient à découvrir son bien, le détenteur est frappé de la peine du vol manifeste. Voy. Gaius, *Com.* III, § 189 et suiv. — Aulu-Gelle, XI, 18. Les jurisconsultes romains ne comprenaient plus bien ce symbolisme. Gaius en propose une explication, tout en ajoutant que cette loi est tout à fait ridicule ; Festus en donne une autre. Voy. Gaius, *Com.* III, § 193 et Festus v° *Lance licioque.* Ces Romains auraient été bien étonnés si on leur avait dit que cette procédure formaliste n'avait pas été inventée par la loi des Douze Tables. On la retrouve en effet en Grèce dans les lois de Solon qui certainement l'avait empruntée à une source beaucoup plus ancienne. Le propriétaire de la chose volée avait aussi le droit de pratiquer une perquisition dans la maison où il croyait qu'on la tenait cachée, à la condition de se présenter nu, couvert d'une ceinture autour des reins et de porter un plat à la main. Platon, *Traité des lois*, XII, 7. De même dans les vieilles coutumes suédoises, la recherche des objets volés est soumise à une procédure spéciale de perquisition appelée *ranzsaka.* « Le plaignant, dit M. Dareste, déclare devant ses voisins le vol qu'il croit avoir été commis, puis il se rend au domicile suspect, avec quatre témoins et requiert la perquisition au nom de la loi. Cette réquisition ne peut pas être repoussée. Chacune des deux parties prend deux témoins Le plaignant indique ce qu'il cherche, l'inculpé fait connaître ce qu'on trouvera chez lui. Puis le plaignant entre avec ses témoins en chemise. Si l'objet volé se trouve dans la maison, l'inculpé est traîné au *ting* et traité comme voleur manifeste. Dans le cas contraire, il reçoit trois marcs à titre d'indemnité. Toute résistance est punie d'une amende de trois marcs. En ce cas le plaignant requiert les voisins et pénètre de force avec eux. Enfin trouve-t-on la chose volée, on examine s'il y a dans la maison une ouverture par où l'objet ait pu être jeté du dehors par un tiers, et alors l'inculpé est admis à se justifier avec douze cojureurs. » Dareste, *Les anciennes lois suédoises*, dans le *Journal des savants*, année 1880, p. 617. La loi norvégienne consacre les mêmes formalités; mais elle ajoute que si les soupçons portent sur un esclave, le volé peut se faire livrer cet homme, le garder chez lui pendant un certain temps et lui infliger la torture pour lui arracher un aveu, disposition qui se retrouve également dans la loi athénienne. D'après les anciennes coutumes de l'Irlande, la perquisition ne peut pas être refusée lorsque le poursuivant se présente accompagné de trente voisins; mais le prévenu a le droit d'en appeler autant de son côté. Le volé pénètre dans la maison, ouvre les portes et, la perquisition terminée, la sentence est rendue par un tribunal composé de douze personnes que chacune des parties choisit pour moitié; aussi l'appelle-t-on tribunal de la porte, *dyra domr.* D'ailleurs cette juridiction particulière a été abolie par les Gragas qui ont donné les affaires de ce genre aux tribunaux ordinaires. Voyez Dareste dans le *Journal des savants*, année 1881, p. 306 et 500. Voy. aussi Desjardins, *Traité du vol*, n° 134, p. 334.

La chose retrouvée, ou le propriétaire la reprend sans résistance et alors tout est fini; ou bien on l'empêche de reprendre sa chose, alors il la saisit, il met la main dessus pour montrer qu'il entend exercer son droit; c'est le premier acte de la procédure, l'*anefang*. Cet acte peut être accompli vis-à-vis de quiconque détient la chose, ce qui prouve bien que l'action est réelle. Cette mainmise a pour objet au moyen âge de mettre le possesseur en demeure ou de restituer ou de venir devant le tribunal (1). Mais à l'époque de la loi salique, il s'agit seulement de la mise en demeure qui fait encourir au défendeur une amende, s'il est plus tard établi qu'il a injustement refusé de restituer. Réciproquement le demandeur encourrait la même amende s'il succombait au fond ou en la forme (2).

En la forme, l'*anefang* consiste en deux solennités : un serment et la mainmise sur l'objet. Le demandeur jure que l'objet revendiqué lui appartient en plaçant la main sur cette chose (3). Mais ce serment ne fait pas preuve; c'est une simple ouverture de procédure, comme le *testare* dans la procédure des actions personnelles nées des contrats.

La suite de la procédure varie alors suivant que le demandeur a retrouvé sa chose dans le délai de trois nuits à partir de sa dépossession ou après l'expiration de ce délai. Dans le premier cas, on ne tient aucun compte des contre-prétentions qu'a pu soulever le défendeur, par exemple en soutenant qu'il a acquis cette chose par achat ou par échange; de pareilles allégations sont assimilées à un refus de restitution et toutes les fois que le défendeur ne consent pas à rendre l'objet, le demandeur doit alors prendre l'engagement solennel de poursuivre la procédure (4), d'agir en revendication : *per*

(1) Si le défendeur ne veut ni rendre, ni venir spontanément au tribunal, on le considère comme voleur pris en flagrant délit, et, comme tel, il est poursuivi par la clameur, appréhendé et amené avec l'objet devant le tribunal. Cpr. Sohm, *op. cit.*, traduction Thévenin, p. 46.

(2) L'amende est de trente ou trente-cinq sous.

(3) Loi des Ripuaires, tit. LIII, § 1.

(4) Loi salique, tit. XXXVII, éd. Pardessus, p. 19.

*tertia manu debet agramire* (1). Il n'y a pas lieu de procéder à une assignation (*mannitio ad mallum*); la déclaration précédente du demandeur en tient lieu. Devant le magistrat, le demandeur n'a pas à prouver qu'il était propriétaire, il lui suffit, on s'en souvient, d'établir qu'il était en possession et qu'il a retrouvé la chose dans le délai de trois nuits. Cette preuve faite, le magistrat oblige le défendeur à rendre la chose et à payer l'amende; il n'examine pas s'il y a eu vol, si le défendeur invoque un titre d'acquisition, etc. (2). Mais dans le cas où le demandeur n'aurait pas observé cette procédure, n'aurait pas recouru à l'autorité du magistrat pour se faire remettre en possession et se serait emparé lui-même de la chose, il aurait encouru de son côté une amende de trente sous (3). Si la chose n'a été retrouvée qu'après l'expiration de trois nuits, le rôle du défendeur ne se borne plus nécessairement à restituer; il peut répondre à la demande en disant qu'il n'a pas volé ou en faisant une *contravindicatio*. Il ne lui suffirait toutefois pas de nier que le demandeur soit propriétairè; en pareil cas, il devrait restituer la chose purement et simplement et payer trente-cinq sous d'amende. Mais sans faire de son côté une revendication contraire à celle du demandeur, le défendeur peut se borner à soutenir qu'il n'a pas volé et alors il est admis à l'acte solennel que la loi salique appelle *agramire*, c'est-à-dire à promettre par serment de se disculper; il n'en doit pas moins d'ailleurs restituer la chose, mais il ne paie pas l'amende (4). Si le défendeur se prétend propriétaire, il est encore admis à cet acte solennel (*agramire*); mais pour ce cas sa promesse solennelle consiste dans l'enga-

(1) Sur les différentes explications qui ont été données de ce passage de la loi salique, voy. Sohm, *op. cit.*, p. 49.

(2) On voit que dans certains cas le magistrat, c'est-à-dire le comte, donne des ordres d'exécution qui sont de véritables jugements et on comprend ainsi que les textes, surtout ceux des chroniqueurs qui ne s'attachent pas à la publicité du droit ou de la procédure, présentent le comte avec les caractères d'un juge. Mais il serait inexact de conclure ensuite de ces passages que les rachimbourgs ne jugeaient pas.

(3) Loi salique, tit. XXXVII, *in fine*.

(4) Loi salique, tit. LXI, § 2, éd. Merckel. — Cf. Loi des Ripuaires, XXXIII, 4. — Loi des Burgondes, tit. LXXXIII, 1.

gement d'établir son droit (1). Le défendeur devient alors contre-revendicant; il affirme qu'il est propriétaire et il doit le prouver. La preuve qui lui incombe n'est donc pas la même que celle imposée au demandeur : il suffit à celui-ci d'établir qu'il possédait et que la chose est sortie de ses mains contre son gré ; au contraire, le défendeur doit établir sa qualité de propriétaire. S'il se dit seulement emprunteur, créancier gagiste, il ne peut que se disculper du vol et cette preuve faite, il est relevé de l'amende, mais non de l'obligation de restituer (2).

Le possesseur peut formuler sa revendication en réponse de trois manières :

1° En invoquant un titre originaire d'acquisition. Il dit par exemple qu'il a fabriqué ou produit la chose; on l'admet à faire cette preuve par trois témoins (3).

2° En se prétendant héritier. Il doit alors établir cette qualité et prouver le titre d'acquisition de son auteur (4).

3° En invoquant un titre dérivé d'acquisition à titre particulier, par exemple une vente, un échange, et en faisant connaître son auteur. Dans ce cas un délai lui est donné pour mettre son garant en cause. Ce délai est, d'après la loi salique (5), de quarante ou quatre-vingts nuits, selon que le revendicant et le possesseur demeurent de ce côté de la Loire et de la Forêt Charbonnière, ou de l'autre côté de ces limites de l'ancien pays salique (6). D'après le droit ri-

(1) Loi salique, tit. XXXVII et XLVII.

(2) On a soutenu que le défendeur, dans sa revendication en réponse, n'avait pas plus que le demandeur à faire la preuve de la propriété, mais seulement celle de la possession, que les Germains ne connaissaient pas le droit de propriété, même mobilière, mais seulement la possession. Cette opinion étant, toutefois, aujourd'hui abandonnée, il n'est pas nécessaire de nous y arrêter. On en trouvera d'ailleurs la réfutation dans Sohm, *op. cit.*, p. 64.

(3) Loi des Bavarois, tit. XVI.

(4) Loi salique, tit. CI, éd. Merckel.

(5) Loi salique, tit. XLVII, Pardessus, p. 27.

(6) Nous avons vu que le fleuve indiqué dans ce texte est la Loire et non la Lys, voy. t. II, p. 173. On se rappelle l'importance de ce texte au point de vue de la loi salique.

puaire (1), le délai est de quatorze, quarante ou quatre-vingts nuits, selon que l'auteur demeure *infra ducatum*, *foris ducatum* ou *extra regnum*. De plus, ici comme ailleurs, les délais sont plus ou moins longs suivant la naissance : l'homme demi-libre n'obtient que la moitié du délai donné à l'homme libre (2).

C'est au moyen de l'ajournement (*mannitio*) que le garanti appelle son auteur (3). Si le garant fait défaut, on le déclare voleur de la chose (4) ; le voleur étant découvert, le défendeur rend la chose au demandeur et l'amende est payée par le défaillant ; de plus le possesseur évincé doit être remboursé par son auteur du prix de vente en présence de témoins (5). Lorsque le garant comparait, au lieu de faire défaut, alors la contestation s'ouvre entre le garant et le garanti : le prétendu garant nie-t-il qu'il soit garant, si le garanti ne peut pas prouver le contraire, le garanti est tenu pour voleur. Comme tel il doit restituer la chose et payer l'amende au demandeur (6). Lorsqu'au contraire le garant se reconnait cette qualité, ou il invoque à son tour une cause d'acquisition dérivée et alors il appelle son sous-garant en cause, et ainsi de suite jusqu'à ce qu'on arrive à l'auteur que personne ne couvre ; ou bien il ne peut désigner aucun garant, et, dans ce cas, il est bien l'homme qui a volé la chose ou en a acquis la propriété par un titre originaire. Dans ce dernier cas, c'est-à-dire s'il invoque un titre originaire, il doit faire la *contra-vindicatio* et fournir sa preuve ; s'il avoue le vol, il est tenu de rendre l'objet, payer l'amende et indemniser le garanti (7).

On aura remarqué combien ces procédures en matière de contrat ou de revendication mobilière, sont formalistes et arbitraires. Aussi ces caractères ont-ils été la cause princi-

(1) Loi des Ripuaires, tit. XXXIII, § 1.
(2) Loi des Ripuaires, tit. XXXIII, § 1 ; tit. LVIII, § 8.
(3) Loi salique, tit. XLVII. — Loi des Ripuaires, tit. XXXIII, § 2.
(4) Loi salique, tit. XLVII.
(5) Loi des Ripuaires, tit. XXXII, § 3.
(6) Loi des Ripuaires, tit. XXXIII, § 3.
(7) Loi des Ripuaires, tit. LXXII, § 1 ; tit. LVIII, § 8.

pale de leur disparition rapide. Au lieu d'étendre ces procédures, on en restreignit peu à peu l'application. Ce fut une troisième procédure, plus conforme aux véritables procédés d'une instruction judiciaire qui l'emporta, la procédure en matière de délit.

## § 39. — PROCÉDURE EN CAS DE DÉLIT.

La troisième procédure de la loi salique est celle établie pour une action personnelle *ex delicto*. C'est la plus importante sous plusieurs rapports : on peut la considérer comme la plus parfaite des trois procédures. Aussi s'est-elle seule transmise dans la suite ; elle est devenue la procédure générale et ordinaire, tandis que les deux autres sont tombées dans l'oubli. L'individu joue encore un rôle considérable dans cette procédure : c'est lui qui met l'inculpé en demeure de répondre, les rachimbourg en demeure de juger, le comte en demeure d'exécuter.

Cette procédure *ex delicto* s'ouvre d'une manière normale et rationnelle. Le premier acte de tout procès ne doit-il pas être d'appeler son adversaire en justice? C'est ce que fait ici le demandeur au moyen de la *mannitio* (1). La *mannitio* est une sommation faite par le demandeur lui-même à son adversaire de comparaître en justice dans un certain délai (2). A cet effet, le demandeur se rend accompagné de trois témoins au domicile du défendeur. Il doit s'adresser à lui ou, à son défaut, à sa femme ou à un membre de sa famille (3). Dans ces derniers cas, il requiert la femme ou le parent de prévenir le défendeur. La loi salique ne nous dit pas que l'ajournement doive être fait en termes sacramentels, mais le formalisme de l'époque semble bien l'exiger et certains textes font allusion à des formules de ce genre (4). Il ne suffit pas,

(1) Ancien haut allemand *manôn*.

(2) Loi salique, tit. I.

(3) Loi salique, tit. I et LVI (Pardessus, p. 3 et 31).

(4) Voy. par exemple *Capita extravagantia*, n° 9 de Pardessus, p. 332. De même lorsque le cadavre d'un inconnu est trouvé dans les champs, le comte doit ajourner les voisins en employant une formule sacramentelle qui nous est parvenue. Pertz, *Leges*, II, 4.

comme dans l'*in jus vocatio* de la loi des Douze Tables, d'appeler son adversaire en justice : il faut encore lui faire connaître le jour de la comparution et l'objet du litige, c'est-à-dire le fait délictueux. C'est ce que nous apprend un document mérovingien qui semble bien appliquer à un cas particulier une règle générale consacrée par la coutume (1). Suivant plusieurs auteurs, l'ajournement du demandeur devait, tout au moins dans certains cas, probablement les plus graves, être précédé d'un ordre du comte qui sommait déjà le défendeur de comparaître. On se fonde sur ce que la loi salique en parlant du défendeur défaillant dit : *Si quis ad mallum legibus dominicis mannitus fuerit* (2). Cette *lex dominica* serait un véritable permis d'assigner (3). Mais plusieurs textes de la loi des Ripuaires expliquent cette formule et nous montrent qu'elle a pour objet d'exiger une assignation conforme à la loi (4). On a prétendu qu'une triple sommation de payer la composition devait aussi précéder l'ajournement du débiteur récalcitrant (5). Mais la loi salique ne parle de cette triple *testatio* que pour deux procédures, celle qui est dirigée contre l'*homo migrans* et celle qui a pour objet l'exécution d'un contrat (6) : il ne saurait donc être question d'en faire une règle générale. On ne doit pas admettre davantage avec Sohm que l'assignation était nécessairement faite à domicile (7). Il paraît bien qu'elle pouvait aussi être adressée à personne partout où l'on trouvait le défendeur. C'est ce que nous apprend un fragment mérovingien pour le cas d'une assignation faite par un antrustion à un autre et il semble bien que ce qui était permis entre personnages aussi élevés devait être également autorisé vis-

(1) Pardessus, *Capita extravagantia*, 78 ; Pertz, *Leges*, II, 7 ; Pardessus, p. 337.

(2) Loi salique, tit. I.

(3) En ce sens, Waitz, *Das alte Recht der salischen Franken*, p. 155. — Pardessus, *Loi salique*, p. 598. — Davoud-Oghlou, *Législation des Germains*, t. I, p. 558.

(4) *Dominica* est synonyme de légal. Loi des Ripuaires, tit. XXXIV et LX, § 3.

(5) Siegel, *Geschichte der deutschen Gerichtsverfahrens*, t. I, p. 70.

(6) Loi salique, tit. XLV et LII (Pardessus, p. 25 et 29).

(7) *Der Process der* lex salica, p. 128, n° 2.

à-vis des hommes libres de condition ordinaire (1). Il faut cependant reconnaître que, sous le rapport des ajournements, il existait parfois, comme nous l'avons déjà constaté, des dispositions particulières entre personnes de haut rang. Ainsi entre antrustrions, il y avait lieu à quatre ajournements successifs avec un premier délai de sept nuits et trois autres de quatorze nuits (2). On a prétendu que ce délai de quatorze nuits était de droit commun, mais les auteurs préfèrent généralement se prononcer en faveur du délai de quarante nuits. C'est ce dernier délai qu'on rencontre dans un plaid de 758, puis dans un capitulaire de 819. Mais est-il permis d'en conclure qu'il était déjà de droit commun avant cette époque? Nous le pensons, tout en reconnaissant que cette solution peut soulever des doutes (3).

La *mannitio* valablement faite créait pour le défendeur une obligation, celle de comparaître, au risque d'encourir une amende de 15 sous. Mais de son côté le demandeur aurait été condamné à la même amende s'il avait fait défaut (4) ou s'il avait commis une irrégularité quelconque dans l'assignation (5). Toutefois le défendeur était dispensé de comparaître s'il existait à son profit une cause d'excuse légale, *sunnis* (6). La loi salique n'indique qu'une seule excuse légitime, le service du roi; mais d'autres textes parlent encore de la mort d'un parent qui demeurait dans la maison de l'ajourné,

(1) Voy. le n° 18 des *Capita extravagantia* dans Pardessus, *Loi salique*, p. 337. Pertz attribue ce capitulaire à Childebert Ier.

(2) Pardessus, *Capita extravagantia*, n° 18; Pertz, *Leges*, II, 7.

(3) Voy. ce que nous avons déjà dit de cette question au paragraphe précédent, mais pour les actions nées des contrats et pour la revendication des meubles. Cpr. Mabillon, *De re diplomatica*, p. 493. — Pardessus, *Loi salique*, p. 599. — Voy. Capit. de 819, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 225; Boretius, 292.

(4) Loi salique, tit. I, § 1.

(5) Loi salique, tit. XCV, § 2, éd. Merkel. Il s'agit d'un édit que Pertz attribue à Childebert, *Leges*, II, p. 7.

(6) Ou bien *sonnis*, *sonies*, *sontum*, *sunnium*. Comp. loi salique, tit. I, § 2; tit. XLV, § 1; tit. XLVII; tit. L, § 5. Grimm prétend que le mot provient de *syn*, *negatio*, *impedimentum*, *naudsyn*, *impedimentum legitimum* (*Rechtsalterthümer*, p. 847). Ce qui est certain, c'est que le mot *essonium*, employé plus tard, découle de *sunnis*.

de la maladie, de l'amende (1). On faisait valoir l'excuse par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs messagers qu'on envoyait au tribunal au jour fixé pour la comparution (2).

En cas de flagrant délit la procédure était bien plus simple (3). Le demandeur n'était pas tenu d'assigner (*mannire*) le coupable, ni de lui donner un délai pour comparaître : il avait le droit de le contraindre à le suivre immédiatement en justice au moyen de la *ligatio*. La victime poussait un cri, elle avait même le droit d'appeler ses voisins ou ses subordonnés pour l'aider et le coupable devait se laisser arrêter, *ligare* (4). Il est possible qu'une amende ait été infligée à ceux qui n'accouraient pas au cri ; c'est ce qui avait certainement lieu chez le peuple auquel on a attribué la loi dite à tort des Chamaves (5). Cette obligation du cri pour donner de la publicité à l'acte a été longtemps maintenue (6) et c'est l'origine de la procédure connue au moyen âge sous le nom de *clameur de haro* (7). Si l'inculpé était saisi un jour où il n'y avait pas audience, les rachimbourgs se réunissaient néanmoins pour le juger sur le lieu même du meurtre (8). Mais lorsque le demandeur avait employé à tort cette forme de procédure, il encourait une amende de 30 sous, en d'autres termes et d'une manière plus précise, cette amende était due par celui qui se permettait une *ligatio* en dehors du cas de flagrant délit; la loi salique l'imposait aussi à celui qui, d'ailleur en cas de flagrant délit, au lieu de conduire directement l'inculpé au tribunal, se permettait de le sequestrer arbitrai-

(1) Loi salique, tit. I, § 2. — Pardessus, *Capita extravagantia*, n° 21, p. 339. — Pertz, *Leges*, II, 9.

(2) Cpr. Édit de Chilpéric, cap. 7, Pertz, *Leges*, II, 10 ; Boretius, 8. — Rozière, form. 443 et 454.

(3) Pour plus de détails sur ces flagrants délits, voy. ce que j'ai dit dans mon *Etude sur la clameur de haro*.

(4) Loi des Ripuaires, tit. XLIII (ou XLI).

(5) Loi dite des Chamaves, chap. XXXVIII.

(6) Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 878.

(7) Ce terme se rencontre déjà dans les lois barbares. Voir ce que j'ai dit à cet égard dans mon étude précitée.

(8) Cpr. Rozière, form. 491; Sirmond, 30.

rement (1). Par ce moyen, on le voit, la loi salique garantissait la liberté individuelle. Certains auteurs ont pensé que la même amende de 30 sous aurait été encourue par le coupable convaincu du fait, car on sait que la loi salique établit, en général, les mêmes sanctions contre les deux parties. Toutefois il s'agit là d'une simple conjecture et il nous semble même qu'elle est dénuée de fondement. Tout au plus pourrait-on admettre cette peine de 30 sous pour les délits qui auraient été frappés d'une amende moins forte s'ils n'avaient pas été flagrants; mais on ne comprendrait pas que la circonstance du flagrant délit ait eu pour résultat de diminuer la peine dans les cas où l'amende ordinaire était supérieure, d'autant plus que chez tous les peuples anciens il était d'usage par tradition de droit de vengeance, de considérer le délit flagrant comme étant d'une gravité exceptionnelle. Peut-être cette amende de 30 sous frappait-elle celui qui refusait de se laisser arrêter dans les cas les moins importants. C'est là une nouvelle question qu'il n'est pas facile de trancher avec certitude. La résistance du coupable autorisait-elle dans tous les cas le poursuivant à le mettre à mort, comme le prétendent certains auteurs (2)? Ou bien au contraire ce droit rigoureux n'existait-il que dans les cas où la loi reconnaissait le droit de vengeance? Cette seconde solution parait confirmée par les textes qui ne parlent jamais du droit de mettre à mort le coupable pris en flagrant délit et récalcitrant que pour les crimes les plus graves (3).

Lorsque le demandeur a mis à mort le coupable à cause de la résistance qu'il opposait, il doit donner à son meurtre une certaine publicité et se rendre ensuite en justice pour y

(1) Loi salique, tit. XXXII, Pardessus, p. 18.

(2) Siegel, *op. cit.*, p. 80. — Sohm, *Der Process der* lex salica, p. 186.

(3) Ainsi la loi des Ripuaires porte, tit. LXXVII (ou LXXIX) : « Si quelqu'un a surpris un homme occupé à le voler, faisant des tentatives criminelles contre sa femme ou sa fille, ou se livrant à d'autres excès de ce genre, et que, sans avoir pu parvenir à le lier, il l'ait abattu et tué, il devra, en présence de témoins, élever le corps sur une claie, au milieu d'un carrefour. » Siegel, *op. cit.*, p. 81, cite encore d'autres textes, mais qui tous font allusion à des crimes très graves.

jurer qu'il a tué dans l'exercice de son droit. On peut ainsi vérifier si ces affirmations sont exactes et il échappe au danger de payer le vergeld dû en cas de meurtre (1).

Si le coupable se laisse au contraire arrêter et conduire en justice, alors la partie lésée expose le fait au tribunal et demande sur-le-champ un jugement. D'après la loi des Ripuaires, en cas de vol flagrant, l'accusé n'est pas admis à se défendre; il doit être immédiatement condamné s'il a été pris en présence de plusieurs témoins ingénus; mais son arrestation a-t-elle été faite par un seul ingénu, même assisté d'esclaves, il peut alors se défendre, car le crime n'est pas assez manifestement établi contre lui (2). Etait-ce là une des particularités de la procédure au cas de vol ou bien d'une manière générale interdisait-on la défense à celui qui était pris en flagrant délit? Cette seconde solution résulte d'après certains auteurs de plusieurs capitulaires mérovingiens (3). Clotaire Ier, par sa constitution de 560, défend de condamner un inculpé qui n'a pas été entendu (4). Dans le pacte intervenu entre Childebert et Clotaire, il est dit que les ingénus accusés de flagrant délit de vol pourront en exiger la preuve qui dans ce cas sera faite par le demandeur, contrairement au droit commun (5). Enfin la constitution de Clotaire de 614 (chap. 22) porte qu'on ne devra pas condamner sans l'avoir entendu l'ingénu ou l'esclave accusé de vol. On remarquera que ces deux derniers textes font allusion à des cas de vol et le second même suppose un vol non flagrant. On n'en peut donc tirer aucun argument. Quant à la constitution de Clotaire, il est fort possible qu'elle ne songe pas au cas de flagrant délit. Aussi la question reste-t-elle à notre avis douteuse.

Si nous écartons maintenant le cas de flagrant délit et si

(1) Loi des Ripuaires, tit. LXXVII. On trouve des dispositions semblables dans les lois d'Ina. *Die Gesetze der Angelsachsen*, cap. 21 et 35; Schmid, p. 29 et 37.

(2) Loi des Ripuaires, tit. XLI (ou XLIII).

(3) Const. de Clotaire de 560, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, p. 2; Boretius, 18.

(4) Pertz, *Leges*, I, 2; Boretius, 18.

(5) Pertz, *Leges*, I, 7; Boretius, 4.

nous revenons à la procédure ordinaire, commencée par la *mannitio* pour en suivre le développement contradictoire entre les parties devant la justice, nous devons dès l'abord diviser cette procédure en deux phases bien distinctes séparées l'une de l'autre par le jugement des rachimbourgs relatif à la preuve.

La *mannitio* crée l'obligation de comparaître devant le mall aussi bien pour le demandeur qu'à la charge du défendeur. Si le demandeur ne vient pas, son absence est interprétée comme l'aveu d'une chicane et il est puni d'une amende de quinze sous; il peut d'ailleurs renouveler son action, mais au bout d'une année seulement (1). Que la procédure ait été à cette époque entourée d'un formalisme exagéré, on n'en saurait douter. Mais le laconisme de la loi salique a permis à certains auteurs de se lancer dans la voie des conjectures avec une hardiesse dangereuse. Nous aurons soin de ne jamais nous écarter des textes, au risque de laisser un certain nombre de points dans l'incertitude.

A l'ouverture de l'audience, le demandeur devait renouveler son action, la formuler en termes solennels et sommer son adversaire de reconnaître ou de nier le fait. Cette sommation, connue sous le nom de *tangano* (2) était dans la loi salique un acte non seulement judiciaire, mais encore religieux. Il ne reste, il est vrai, dans cette loi aucune trace de ce second caractère; mais il apparaît encore dans la loi des Ripuaires (3) et dans un décret de Tassillon qui, à la forme païenne, substitue pour le *tangano* une forme chrétienne (4).

(1) Capit. de Childebert I[er], cap. 6, Pertz, *Leges*, II, 5.

(2) Grimm fait dériver ce mot de la racine *ting*, *tang*, *tung*, qui exprime l'idée de contrainte. Sohm, *Der Process der* lex salica, p. 143, s'exprime ainsi : « L'ancien haut allemand, *zanga*, *gizengi*; angle-saxon *gatingan*, *incumbere*, contraindre, *gatengan*, presser, se rapprochent de *tanganare*.

(3) Tit. LX (ou LXVIII), § 22 et 23.

(4) Voy. Siegel, *op. cit.*, p. 120. — Tassilo, *Decreta de popularibus legibus*, VI. On y lit ce qui suit : « Puisque l'ancienne coutume renferme des restes de l'idolâtrie des païens, nous voulons désormais que le demandeur qui réclame ce qui lui est dû dise simplement : Vous m'avez injustement enlevé tel objet, que vous devez me rendre avec une composition de tel nombre de sous. Que l'accusé au contraire dise : Je n'ai pas enlevé tel objet et je ne dois pas cette

Il est certain que cette sommation devait être faite en termes sacramentels, commençant par les mots : *hic ego te tangano ut* (1). Quant à savoir quels étaient les autres termes de la formule, nous l'ignorons et les conjectures faites par certains savants, notamment par Sohm, sont des œuvres de pure imagination (2). Ces formes solennelles avaient leurs défauts et leurs dangers : elles pouvaient entrainer la perte du procès pour la moindre erreur. Mais il n'est pas possible de nier qu'à une époque grossière elles offraient un avantage sérieux, celui de préciser l'objet du débat et d'écarter les mauvaises chicanes. Malheureusement ce formalisme exagéré s'est longtemps maintenu au travers des âges et à des époques où il n'y avait plus aucune raison pour le conserver (3).

Le défendeur mis en demeure devait répondre à son adversaire sous peine d'encourir une amende de quinze sous (4). Les auteurs sont en général d'accord pour admettre qu'il était tenu d'avouer ou de nier dans les termes mêmes où l'accusation avait été formulée. C'était là une obligation rigoureuse et souvent gênante. Aussi déjà la loi des Ripuaires la supprime en partie et autorise le défendeur à répondre en d'autres termes, tout au moins pour le cas où on lui reproche d'avoir occupé à tort un immeuble (5). La loi des Ripuaires

composition. Que le demandeur reprenne ensuite la parole et dise : Levons nos mains droites vers le jugement de Dieu. Et qu'alors l'un et l'autre lèvent leurs mains vers le ciel. »

(1) Argument de la loi salique, tit. LVII, Pardessus, p. 32.

(2) Sohm prétend, sans l'établir, que l'objet du litige devait, à peine de nullité du procès, être désigné au moyen de termes sacramentels fixés par la coutume. *Reichs und Gerichtsverfassung*, I, p. 567. — Voyez aussi la traduction de Thévenin, à la suite de l'ouvrage de Sohm, *Der Process der* lex salica. Voyez encore les observations très judicieuses de Thonissen, *Organisation judiciaire de la loi salique*, p. 292 de l'éd. in-4.

(3) Voy. Brunner, *Wort und Form im altfranzösichen Process* (Extrait des *Sitzungsberichte* de l'Académie impériale de Vienne, 1868). On sait que ce travail a été traduit dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1870. — Lameere, *Du formalisme dans le droit flamand du moyen-âge*, Gand, 1880.

(4) Merkel, *Extravagantes*, XII, p. 101.

(5) Loi des Ripuaires, tit. LIX (ou LXI), § 10.

dispense même du *tangano*, les *homines regii, romani vel tabularii*, probablement à cause de leur ignorance des coutumes nationales; mais le *tangano* est encore maintenu pour les Francs ingénus (1). D'ailleurs il semble bien que l'obligation rigoureuse d'une réponse adaptée à la demande, n'empêchait pas le défendeur d'ajouter une exception. En ce cas, sa réponse était affirmative, mais restreinte et complétée par l'exception. L'accusé disait par exemple : j'ai tué votre fils, mais parce que je l'ai surpris en flagrant délit d'adultère. L'accusé pouvait même faire un aveu partiel, reconnaitre une blessure et nier l'autre ou soutenir que la blessure n'avait pas la gravité que lui attribuait le demandeur (2). Mais si le défendeur refusait de donner une réponse satisfaisante il encourait une amende de quinze sous (3).

Une fois le débat précisé par la demande et par la réponse, les rachimbourgs présents devaient statuer. Si l'on ne trouvait pas dans l'assistance un nombre suffisant d'hommes libres, francs ou romains (4), les parties mettaient en demeure sept au moins des personnes présentes de prendre le rôle de rachimbourg et de rendre la justice. Nous avons vu en effet que ce nombre de sept était le minimum nécessaire pour constituer le mall. Certains auteurs prétendent que ces rachimbourgs étaient choisis par le demandeur seul; mais nous avons déjà dit qu'à notre avis le choix était fait par les deux parties et la même solution doit s'appliquer au cas de procédure en matière de délit, car il n'y a aucune raison pour établir sous ce rapport une particularité quelconque (5). Chaque rachimbourg était mis en demeure de rendre la justice au moyen d'un *tangano* dont le commencement de la

(1) Loi des Ripuaires, tit. LVIII (ou LX), § 22 et 23.

(2) Loi des Ripuaires, titre LXVIII (ou LXX); loi des Frisons, *additio sapientium*, III, 49.

(3) Merkel, *Extravagantes*, cap. 12, p. 101.

(4) Nous avons vu que les Romains pouvaient remplir les fonctions de rachimbourgs comme les Francs.

(5) Dans le premier sens Sohm, *Der Process der* lex salica, § 21. Dans le second sens : Siegel, *op. cit.*, p. 145 et Thonissen, *op. cit.*, p. 300 de l'éd. in-4.

formule nous a été conservé (1). En cas de déni de justice, le demandeur avait le droit de faire condamner sept des rachimbourgs, chacun à 15 sous d'amende, plus 3 sous pour le retard éprouvé, mais les rachimbourgs pouvaient échapper à la première peine en rendant justice avant le coucher du soleil (2). C'est précisément parce que le nombre de sept rachimbourgs était suffisant mais nécessaire pour constituer le mall, que le demandeur ne pouvait requérir peine que contre sept d'entre eux, lorsqu'ils étaient plus nombreux.

Si l'inculpé reconnaissait le délit, les rachimbourgs le condamnaient tout de suite par leur jugement. En cas de dénégation, le jugement des rachimbourgs ordonnait la preuve. C'est donc dans ce second cas seulement, qu'à proprement parler, la procédure se divisait en deux phases. Si le défendeur faisait défaut, il était, comme nous l'avons vu, condamné à une amende. On le réassignait ensuite trois fois, de sorte qu'en tout il était appelé en justice quatre fois à des intervalles de quatorze, vingt-et-un, quarante-deux, dix-sept nuits. Après chaque *mannitio*, le demandeur devait attendre jusqu'au coucher du soleil, et la dernière fois il était rendu un jugement qui condamnait purement et simplement l'inculpé (3).

A l'époque de la rédaction de la *lex antiqua*, les jugements n'étaient pas rédigés par écrit : ils étaient verbaux comme la procédure elle-même. On en a la preuve par le titre LVI consacré à la procédure à suivre pour obtenir la mise hors la loi du défendeur : le demandeur devait produire devant le tribunal du roi six témoins qui, sous la foi du serment, attes-

(1) Loi salique, titre LVII : « *Si quis rachineburgii in mallo sedentes, dum causam inter duos discutiunt, legem noluerint dicere, veni et dic ad illo qui cum causa prosequitur : Hic ego vos tangano ut legem dicatis secundum lege salica.* » Cpr. Pardessus, p. 32 où le texte est un peu différent.

(2) Loi salique, tit. LVII, Pardessus, p. 32.

(3) Cpr. loi salique, tit. XL, § 4 et 5, — Ce texte suppose l'ajournement d'un esclave; mais il est complété par le titre XCVI, § 1, de Merkel et M. Sohm, dans son étude sur la procédure de la loi salique, a montré comment on peut déduire de ces textes les principes exposés et sur lesquels nous reviendrons plus loin.

taient qu'ils étaient présents à l'audience où le centenier avait prononcé le jugement et à celle qui avait été fixée pour le paiement de la composition ou de la preuve par l'ordalie. Ces témoins n'auraient évidemment pas été nécessaires si le jugement avait été rédigé par écrit : il aurait suffit au demandeur d'en présenter un exemplaire authentique. Mais sous les descendants de Clovis, et par l'effet de l'influence de la civilisation romaine, on prit la coutume de rédiger les jugements par écrit. Ce fut un grand progrès. Toutefois, malgré l'introduction de l'écriture pour les jugements, la procédure demeura encore orale pendant fort longtemps; elle ne devint écrite que sous l'influence du droit canonique, et dans les pays où cette action ne se fit sentir que fort tard, par exemple dans les Flandres, l'écriture ne pénétra pas dans la procédure avant les temps modernes (1).

Le jugement contradictoire ayant été prononcé, l'inculpé devait prendre, dans une forme solennelle, l'engagement de payer ou de se disculper (2). En d'autres termes, il promettait de jurer pour se disculper ou de payer si le serment n'était pas prêté. Cette promesse était faite comme la *fides facta* extrajudiciaire; elle était donnée en saisissant la *festuca*, soit par le défendeur en personne, soit pour lui par le fidéjusseur (3). En retour de l'abandon du droit de vengeance fait par le demandeur, le défendeur s'engageait à exécuter la décision des juges : il promettait de prouver son innocence ou de payer le montant de la composition. Mais ce procédé supposait nécessairement un cas où la condamnation pouvait être pécuniaire : si la composition n'était pas admise, il

(1) Ainsi au XVIe siècle, Charles V dut rendre, à la date du 4 septembre 1527, une ordonnance pour contraindre la Cour de Bruges à prendre la procédure écrite. Voy. *Placards de Flandre*, I, p. 398.

(2) Cpr. loi des Alamans, tit. XXXVI, § 3; Loi des Ripuaires, tit. LXVI (ou LXVIII) et loi dite des Francs Chamaves, chap. 15.

(3) L'emploi de la *festuca* est attesté par le chap. 6 (ou 7) du décret de Chilpéric : *Quicunque ad mallum* (*admallatus*) *fuerit et in veritatem testimonia non habuerit unde se œducat et necesse est at initium fidem faciat et non habuerit simili modo qui pro eum fidem faciat, et ipse in senestra manu festucam teneat et cum dextera auferat*. Voy. Boretius, p. 9.

semble bien qu'on ne pouvait exiger du défendeur aucune promesse. Il fera sa preuve plus tard ou subira la peine de mort sans qu'aucun engagement de sa part puisse être admis. Il pouvait arriver aussi que le défendeur consentît à payer sur-le-champ le montant de la composition et alors le procès était immédiatement terminé; il n'y avait pas lieu de s'engager dans la seconde phase de la procédure consacrée à la preuve (1). Lorsque le défendeur était manifestement solvable, on se contentait même de sa promesse formelle; dans le cas contraire, on exigeait un fidéjusseur. Celui-ci promettait de payer le montant de la composition dans la forme de la *fides facta* et pour le cas où le défendeur ne pourrait pas s'exécuter. D'ailleurs cette fidéjussion judiciaire n'emportait pas libération du défendeur; le demandeur avait deux débiteurs de la composition au lieu d'un (2).

Ainsi finit la première phase de la procédure. La seconde assise s'ouvre ordinairement au bout de quarante nuits à partir de la première, et le demandeur doit aussi y être présent pour assister à la preuve ou recevoir le paiement (3). Au jour de la seconde assise, si l'inculpé se présente et fait la preuve de son innocence ou se libère par le paiement de la composition, tout est terminé, la paix est rétablie entre les deux familles. Ce serait ici le lieu de placer la théorie des preuves. Mais nous préférons l'écarter pour le moment et lui consacrer ensuite un chapitre spécial, d'abord à cause de son importance spéciale à cette époque, ensuite à raison des longs développements qu'elle exige et qui nous feraient perdre de vue la suite et l'ensemble de la procédure si nous voulions nous y arrêter dès maintenant. Lorsque l'inculpé ne vient pas, le demandeur doit attendre jusqu'au coucher

(1) Plusieurs formules se réfèrent à ce cas. Voy. notamment Rozière, form. 461 et 470.

(2) Voy. à cet égard Sohm, *Process der* lex salica, p. 165.

(3) Plusieurs textes font allusion à ce délai de quarante nuits. Loi salique, tit. LVI; loi salique, tit. XCVI, éd. Merkel. Cpr. Pardessus, p. 31. — Placitum de Clovis III de 691 dans Pardessus, *Diplomata*, II, n° 418, p. 217. — Rozière, form. 479.

du soleil et prendre des témoins du défaut de son adversaire. Celui-ci devient *legitime jactivus, admallatus*, c'est-à-dire contumace régulièrement mis en demeure. L'inculpé qui fait défaut est traité comme celui qui ne parvient pas à se disculper. Le demandeur acquiert le droit de se rendre devant le *graphio ;* il déclare à ce magistrat, en termes solennels, les faits qui l'amènent devant lui (1), demande l'envoi en possession des biens de l'inculpé, et donne, en garantie de ce qu'il exige, sa propre personne et sa fortune. Pour attester cette garantie il prend en main la *festuca*. Il a soin, bien entendu, d'indiquer le montant de la dette pour que le comte puisse pratiquer la saisie. Le comte réunit alors sept rachimbourgs et se rend avec eux à la maison du débiteur pour le sommer de payer. Si celui-ci consent à s'acquitter, il choisit deux rachimbourgs qui font, avec ceux du comte, l'estimation des meubles offerts en paiement (2).

Le débiteur refuse-t-il de payer ou est-il absent, les sept rachimbourgs désignent, en les estimant, les meubles nécessaires au paiement. De ces meubles saisis, qui représentent le montant de la composition due, deux tiers appartiennent au demandeur, le dernier tiers est perçu par le comte à titre de *fredus* (3). Le demandeur devient propriétaire, et non pas

(1) « *Tu graphio, homo ille mihi fidem fecit, quem legitime habeo jactivo admallatum in hoc quod lex salica continet : ego super me et super fortuna mea pono quod te securus mitte in fortuna sua manum.* » « Comte, tel homme a pris envers moi l'engagement formel de me payer (*fidem fecit*), et je l'ai réduit à l'état de contumax régulièrement mis en demeure, en me conformant à la loi salique. Sous la garantie de ma personne et de tout ce que je possède, je déclare que vous pouvez, en toute sécurité, mettre la main sur sa fortune. » Loi salique, tit. LII, éd. Merkel, Cpr. tit. LI, éd. Pardessus, p. 28.

(2) Le comte s'exprime dans les termes suivants en parlant au défendeur : « Puisque vous êtes présent, remettez librement à cet homme ce que vous lui avez promis, et choisissez de votre côté deux hommes capables qui, avec ces rachimbourgs, évalueront les objets qui devront servir au paiement, afin que vous soyez libéré moyennant un juste prix. » Les mots *cum rachineburgiis istis* prouvent que les deux rachimbourgs du condamné sont désignés en dehors des sept amenés par le comte. Cette faculté donnée au débiteur de nommer deux rachimbourgs, lui fut retirée dans la suite. Novelle 891 de Merkel et *lex emendata*, tit. LII, § 2, Pardessus, p. 312, rapprochés du titre I de la *lex antiqua*, Pardessus, p. 28.

(3) Loi salique, tit. I, Pardessus, p. 28 et 29.

seulement gagiste des biens saisis. C'est un paiement qu'il reçoit, ou si l'on veut et plus exactement, une *datio in solutum*. Les rachimbourgs ont fixé le montant de la composition en sous et deniers; mais, à raison de la rareté de la monnaie, le paiement se fait en meubles qui sont saisis à cet effet.

On aura remarqué que cette procédure est absolument semblable à celle de l'action du contrat *ex fide facta*, toutes les fois que le débiteur n'exécute pas son engagement *verbis*. C'est qu'en effet il a pris ici, dans la première assise, un engagement semblable qu'il refuse maintenant de tenir.

D'ailleurs des garanties sérieuses sont établies pour empêcher le demandeur de pratiquer cette grave saisie à la légère. Si le demandeur a sommé le comte de procéder à la saisie, sans qu'il y ait eu à la fois de la part du défendeur *fides facta* et refus d'acquitter la dette, il encourt une amende de 200 sous. Les peines sont aussi sévères contre le comte qui refuse de procéder à l'exécution sans excuse légitime ou qui saisit les meubles au-delà de la valeur indiquée : il doit racheter sa vie ou, en d'autres termes, il est condamné à une somme égale à celle qu'aurait payée son meurtrier et qui s'élève à 600 sous. On remarquera qu'en réalité la peine est la même contre le demandeur qui procède à une saisie irrégulière. La somme de 200 sous n'est-elle pas en effet la valeur vénale de la vie d'un homme libre (1)?

Lorsqu'il s'agit d'une composition due à raison d'un meurtre, le créancier peut agir, non seulement sur les meubles du défendeur, mais encore sur ceux des membres de sa famille (2). Dans tous les cas où il n'est pas payé, le demandeur en droit strict recouvre le droit de vengeance. Mais c'est une question controversée que celle de savoir si, à défaut de meubles, le créancier a le droit de saisir les immeubles, ou si au contraire on doit considérer comme insolvable celui dont les biens meubles saisis ne suffisent pas

(1) Loi salique, tit. L, § 3 et tit. LI, § 1 et 2, Pardessus, p. 28 et 29.
(2) Loi salique, tit. LVIII, Pardessus, p. 32.

au paiement du montant de la composition, quelque considérable que puisse être sa fortune immobilière.

Suivant Thonissen (1), il était permis de saisir les immeubles à défaut de meubles. Mais les raisons qu'il donne à l'appui de son opinion ne nous paraissent pas décisives. Ainsi il prétend qu'à l'époque de la rédaction de la loi salique, la propriété immobilière n'était plus réduite à la maison et à l'enclos qui l'entourait : les terres, les vignes, les prés, les vergers, les forêts et tous les immeubles en général étaient l'objet d'une possession durable équivalant à la propriété. Il y a en effet dans la loi salique un assez grand nombre de textes qui répriment les attentats contre les immeubles d'autrui. Mais il n'est pourtant pas permis d'affirmer que la propriété immobilière était déjà régulièrement organisée au temps de sa rédaction. Thonissen lui-même n'ose pas le soutenir : il parle d'une possession équivalant à la propriété. Sans revenir sur la question de savoir si, à cette époque, les Francs vivaient encore sous le régime de la propriété collective, sauf exception pour la maison et l'enclos, il faut pourtant bien reconnaître que la propriété immobilière individuelle n'était pas encore réglementée d'une manière complète. Les Francs étaient placés sous ce rapport dans un état de transition qui cessa seulement après la fin de leurs migrations successives et leur établissement définitif, régulier sur le territoire de la Gaule. Ce qui le prouve jusqu'à l'évidence, c'est qu'on ne retrouve pas dans la loi salique même la trace d'une procédure destinée à protéger la propriété immobilière, tandis que toutes les autres procédures, notamment celle de la revendication des meubles, sont expliquées avec un soin minutieux et nécessaire à cause de leur formalisme exagéré. Suivant Thonissen, le fisc ayant la faculté de saisir, sous les premiers Mérovingiens, tous les biens meubles ou immeubles d'un homme libre, on ne voit pas pour quel motif les créanciers n'auraient pas eu le même droit. Il

(1) *L'organisation judiciaire de la loi salique*, liv. III, sect. 2, chap. 4, p. 325 de l'éd. in-4.

n'existe pourtant aucune analogie entre ces deux cas. On comprend sans difficulté qu'une confiscation générale, par cela même qu'elle porte sur tout le patrimoine, embrasse tous les biens meubles ou immeubles, et c'est ce qu'attestent en effet de nombreux textes (1). Mais la saisie pratiquée par le demandeur a pour objet un paiement au moyen d'un transport de propriété. Il est dès lors tout à fait naturel que le demandeur ne puisse pas saisir les immeubles si le débiteur n'a pas le droit de les donner en paiement. Or c'est ce qui résulte bien du texte de la loi salique. Non seulement elle ne parle pas de la saisie des immeubles, mais de plus elle prévoit le cas où le meurtrier ne peut pas payer sa composition bien qu'il possède encore la maison paternelle et l'enclos (2). Comment expliquer cette situation si ce n'est en disant que le débiteur ne saurait payer par l'abandon de son immeuble? Si le paiement volontaire ne peut pas être fait de cette manière, il semble tout naturel qu'il en soit de même du paiement forcé. La maison ne reste pas d'ailleurs au débiteur insolvable : elle devient la propriété du parent qui doit payer à sa place. C'est seulement sous le règne de Louis le Débonnaire, qu'un capitulaire de 817 s'occupant *de proprio in bannum misso* permettra de saisir les immeubles en cas d'insuffisance des meubles (3). On peut soutenir que ce capitulaire a été introductif d'un droit nouveau, car autrement on ne voit pas quelle serait l'utilité de cette disposition.

Au temps de la loi salique, le débiteur qui possède seulement des immeubles, notamment sa maison et l'enclos, est donc insolvable. Nous verrons plus tard, en étudiant le droit pénal, qu'on rencontre dans la loi salique de vieux usages

(1) Loi salique, tit. LVI, Pardessus, p. 31 ; *Lex emendata*, tit. LIX, Pardessus, p. 316 ; Merkel, Novelle, 159 ; Pardessus, *Capita extravagantia*, n° XVIII, p. 336 ; *Clodovechi capitula pacto legis salicæ addita*, c. V et VI (Pertz, *Leges*, II, 3) ; *Childeberti capitula pacto legis salicæ addita*, c. VI (Pertz, *ibid.*, 8) ; Frédégaire, § 21 ; Grégoire de Tours, liv. IV, § 13 ; liv. V, § 5, 40 ; liv. IX, § 10, 19, 38.

(2) Loi salique, tit. LVIII, Pardessus, p. 32.

(3) Pertz, *Leges*, I, 212, Boretius, 283.

germaniques relatifs à cette solidarité de la famille déjà relevée autrefois par Tacite. De même que la famille de la victime avait le droit de se venger, de même celle du coupable était tenue de payer la composition s'il était insolvable. La loi salique consacre encore cette solidarité de la famille, tout au moins pour le cas de meurtre. Certains auteurs ont proposé de l'étendre à tout crime et d'autres ont même voulu que le débiteur insolvable d'une dette quelconque pût en transmettre le fardeau à sa famille. Mais le nom même donné à la procédure par laquelle le débiteur insolvable se déchargeait de la dette sur sa famille, la *chrenecruda*, prouve jusqu'à l'évidence que ce moyen ne pouvait être employé qu'en cas de meurtre. Le coupable insolvable se présente au mall judiciaire avec douze cojureurs. Ceux-ci affirment avec lui qu'il a donné tous ses biens, c'est-à-dire tous ses meubles, les immeubles n'étant pas à cette époque le gage des créanciers (1), *quod nec super terra nec plus de facultate habeat quam donavit* (2). Le débiteur se rend ensuite dans sa maison, ramasse de la terre aux quatre coins de sa demeure, se place sur le seuil de sa porte, le visage tourné vers l'intérieur de la chambre, jette cette terre par dessus l'épaule et de la main gauche sur son plus proche parent; puis en chemise, un bâton à la main, il franchit la haie et quitte sa demeure (3). Si le débiteur n'a plus ni père ni frère ou si ceux-ci ont déjà donné tout ce qu'ils possédaient, sans que la dette soit éteinte, le condamné jette la terre sur sa sœur ou sur les enfants de cette sœur et à leur défaut après eux, en supposant que la composition ne soit pas encore éteinte, sur trois de ses plus proches parents de la ligne paternelle et trois de la ligne maternelle; ceux-ci payent

(1) La suite du texte de la loi salique le prouve bien : elle suppose que le débiteur insolvable est resté propriétaire de sa maison.

(2) Loi salique, tit. LVIII, éd. Pardessus, p. 32.

(3) On a donné une foule d'explications de ces cérémonies et pour exemple on a prétendu que le bâton représente l'arme de guerre et qu'en quittant sa maison avec cette arme, le Germain manifeste l'intention de ne plus défendre son bien et d'en transmettre le soin à sa famille. Cpr. Thévenin, *Contribution à l'histoire du droit germanique*.

par moitié. Si l'un d'eux ne peut pas acquitter sa part, il doit jeter une poignée sur un parent plus riche. Dans le cas où aucun des proches parents ne serait en état d'acquitter la dette, l'inculpé est alors adjugé au créancier, mais à titre de garantie seulement et avec obligation, pour le demandeur, de présenter l'inculpé à quatre assemblées judiciaires successives. Dans ces différents plaids, le débiteur est exposé en public pour exciter la pitié de ses amis ou de ses parents les plus éloignés. A chacune de ces assemblées, toute personne peut exiger qu'on lui livre l'inculpé, à la condition de payer à sa place. Si ces quatre présentations restent sans résultat, alors, comme dit la loi salique, le débiteur compose avec sa vie, *de vita componit* (1); le demandeur acquiert le droit de vie et de mort sur l'inculpé. Cette procédure n'a donc pas pour objet de supprimer le droit de vengeance, mais seulement de le restreindre, en le limitant au cas où l'inculpé et sa famille ne peuvent pas payer. D'ailleurs le demandeur doit observer des formes légales jusque dans l'exercice de son droit de vengeance: il faut qu'il tue l'inculpé en public et le cadavre est ensuite exposé sur une sorte d'échafaud (*bargus*) (2). Nous verrons bientôt que la responsabilité collective de la famille, pour le cas de meurtre, fut supprimée par un édit de Childebert II, de 575; désormais le meurtrier fut seul tenu de la dette.

On aura remarqué que, dans l'exercice du droit de vengeance, en réalité la victime ou un membre de sa famille se fait lui-même l'exécuteur de la peine de mort. Ce rôle ne répugnait pas dans la société franque et on a l'exemple de rois qui se chargèrent de le remplir eux-mêmes. L'habitude du droit de vengeance empêchait les Francs d'éprouver le dégoût que nous ressentons pour l'exécuteur des hautes

(1) Loi salique, tit. LVIII, 6, édit. Hessels, 1er texte : « *Tunc illam qui homicidium fecit, qui eum sub fidem habuit in mallo præsentare debet, et in postea eum per quator mallos ad suam fidem tollant. Et si eum in compositione nullus ad fidem tulerunt, hoc est ut redimant de quo domino (non) persolvit, tunc de vita sua componat.* » Cpr. Pardessus, p. 33.

(2) Loi salique, tit. LXXIII de l'éd. Merkel.

œuvres. Mais il y avait des cas qui ne donnaient pas ouverture au droit de vengeance : le coupable était directement condamné à la peine de mort sans qu'aucune composition fût admise par la loi et peut-être même sans qu'aucune partie privée eût porté une accusation. Nous avons vu que certains crimes les plus graves devaient être poursuivis directement par le comte et entraînaient nécessairement la peine capitale. Nous savons également que les esclaves, à la différence des hommes libres, pouvaient être condamnés à subir certaines mutilations (1).

Par qui étaient appliquées ces peines corporelles et en quel lieu ?

Il semble bien que le plus souvent l'exécution était faite à l'endroit même où le jugement avait été prononcé (2). Les esclaves devaient subir la question en présence des juges (3). On a conjecturé que la peine capitale pouvait être infligée par des citoyens que désignait le mall judiciaire ou le comte (4). Mais il n'est pas établi qu'on ait eu le droit de contraindre un homme libre, franc ou romain, à remplir ces fonctions d'exécuteur des hautes œuvres. Il semble bien résulter, au contraire, de différents textes, qu'il existait des agents spéciaux préposés à ces fonctions : c'étaient les *milites*, mentionnés par quelques fragments additionnels à la loi salique, assimilés aux lites dans le tarif des compositions et placés sous les ordres des comtes qui leur confiaient la garde des prisonniers. Ces *milites* sont quelquefois désignés sous les noms de *lictores* ou encore sous celui de *satellites* et un hagiographe ne nous laisse aucun doute sur leurs fonctions lorsqu'il nous dit : *quorum officium est punire damnatos* (5).

(1) Loi salique, tit. XL, Pardessus, p. 21.
(2) Voy. *Vita S. Walaraci*, cap. VIII dans les *Acta Sanctorum*, p. 19; *Vita S. Amandi*, c. XII, dans Mabillon, t. II, p. 714.
(3) Loi salique, tit. XL. § 4, Pardessus, p. 21.
(4) Thonissen, *L'organisation judiciaire de la loi salique*, p. 105 et suiv. de l'éd. in-4.
(5) *Vita S. Fideli*, dans Mabillon, I, p. 200. —Grégoire de Tours, lib. IV, § 47; liv. V, § 49; liv. VI, § 35; liv. VIII, § 29; liv. IX, § 29. Du même, *Miracula*

Il nous faut, pour terminer cette procédure, examiner quelles sont les conséquences du défaut du défendeur.

Le cas le plus simple est celui où le défendeur ne répond pas à la *mannitio*, à l'ajournement qui lui a été donné. Certains auteurs soutiennent que les choses se passent alors de la même manière que contre celui qui après avoir été condamné contradictoirement ou par défaut, refuse de promettre *ex fide facta* d'exécuter la sentence rendue contre lui. On se fonde sur le texte du titre LVI qui porte : *Si quis ad mallum venire contempserit aut quod a rachineburgiis judicatum fuerit adimplere distulerit.* Cette doctrine est cependant contestée et d'autres historiens croient qu'il y a seulement lieu d'appliquer une amende de 15 sous conformément au titre I[er], au défendeur qui ne répond pas à la *mannitio*. Pour écarter l'application du titre LVI, on prétend que la conjonction *aut* doit être remplacée par la conjonction *et* ou pour mieux dire en est synonyme. Il est certain que dans un grand nombre de textes de la loi salique, *aut* est souvent employé avec le sens de *et* (1). Il est permis d'ajouter qu'il serait bien injuste de mettre sur la même ligne celui qui se borne à ne pas répondre à la *mannitio* et celui qui refuse d'exécuter le jugement contradictoire ou par défaut rendu contre lui; l'un est beaucoup moins coupable que l'autre et un capitulaire mérovingien relatif à la procédure entre antrustions dit bien que la mise hors la loi doit être seulement la conséquence du défaut fait au jugement. On ne saurait donc l'étendre au défaut fait à la simple *mannitio*.

Cette explication proposée par Sohm dans son *Étude sur la Procédure de la loi salique* (§ 25) soulève cependant, à notre avis, une grave objection : elle rend tout à fait inutile le commencement du titre XLVI. Le législateur aurait mieux fait

*Sancti Martini*, I, 21. — Voy. aussi *Vita Sancti Albini*, cap. 12; *Vita Sancti Eparchii*, cap. 9; *Vita Sancti Fideli*, cap. 19; *Vita Sancti Germani*, cap. 68, dans Mabillon, I, p. 110, 200, 243, 598. — *Victa Sancti Leodegarii*, cap. 4, 5; *Vita Boamini*, dans Bouquet, t. II, p. 613-614; t. III, p. 430.

(1) Voy. par exemple loi salique, t. XI, § 5 et 6, Pardessus, p. 9; tit. XLVI, p. 22.

de se contenter de dire : si quelqu'un s'abstient d'exécuter ce qui a été jugé contre lui. A quoi bon en effet commencer par la formule : si quelqu'un s'abstient de comparaître? En rattachant ce membre de phrase : *si quelqu'un s'abstient de comparaître*, au suivant : *et refuse d'exécuter ce qui a été jugé contre lui*, on obtient une rédaction incorrecte sous deux rapports : la loi dit d'abord une chose inutile et ensuite elle devient incomplète, car la peine de la mise hors la loi doit s'appliquer indistinctement à tout condamné qui refuse d'exécuter le jugement sans qu'il y ait lieu de rechercher si originairement il a comparu ou fait défaut.

Ces préléminaires établis, revenons maintenant aux deux cas qui peuvent se présenter et examinons-les successivement :

*Premier cas.* Le demandeur fait défaut sur l'assignation. Les auteurs sont loin de s'entendre sur les effets de ce défaut. Dans une première opinion, le défendeur est directement assigné devant le tribunal du roi, en un mot assimilé à celui qui refuse d'exécuter le jugement. C'est ce qui résulte bien du titre LVI de la loi salique (LIX de la *lex emendata*), si l'on prend la conjonction *aut* dans un sens alternatif. Préfère-t-on l'interprétation qui consiste à lire le texte comme si on y avait mis *et*, alors de nouvelles difficultés s'élèvent entre les auteurs. Les uns veulent qu'après une triple *testatio* restée inutile, le demandeur puisse saisir les meubles du débiteur. Mais les textes cités à l'appui de cette opinion (tit. L et LII) sont étrangers à la question et le *triduum* dont parlent certaines formules (1) désigne non pas trois jours séparés par un certain intervalle, mais bien l'attente pendant trois jours non interrompus au tribunal du roi, c'est-à-dire le délai dont le prince accorde le bénéfice au défendeur avant de le punir de sa désobéissance (2). Si l'on admet que le titre LVI est

(1) Form. d'Anjou, 13, Zeumer, p. 9; Marculfe, liv. I, form. 37, Zeumer, p. 67; form. 7 de Bourges, Zeumer, p. 171.

(2) Voy. cependant dans le sens de cette seconde opinion, Maurer, *Geschichte der altgermanischen Gerichtverfahrens*, § 44 et suiv. — Cpr. Grégoire de Tours, liv. VII, § 23.

étranger à notre question, le mieux est d'adopter alors pour notre cas la solution donnée par le titre XL de la loi salique qui prévoit un ajournement donné à un maitre à raison du délit commis par son esclave. Le demandeur somme d'abord le maître d'envoyer son esclave au tribunal pour qu'il y soit mis à la question. Si cette sommation reste sans effet et que l'esclave soit cependant présent, un second ajournement est fait au maître d'amener son esclave après sept nuits. Si l'esclave est absent, une troisième sommation est nécessaire, et un nouveau délai de sept nuits est donné au maître. A l'expiration de chaque délai d'ajournement, le demandeur doit attendre son adversaire jusqu'au coucher du soleil. Après deux ajournements inutiles, si l'esclave est absent, le maître est condamné à payer comme s'il avait lui-même commis le délit. Ce que la loi salique dit ainsi au titre XL, du cas où un maître est poursuivi à raison du délit de son esclave, doit être généralisé. On ne voit pas en effet pour quel motif une autre procédure serait établie lorsqu'il s'agit d'un délit imputé au défendeur lui-même. Nous en concluons que la marche de la procédure était la suivante (1). Si le défendeur fait défaut au premier ajournement, il encourt l'amende de quinze sous conformément au titre Ier de la loi salique; mais il n'est pas immédiatement condamné. On l'assigne encore une ou deux fois, selon qu'il est présent ou absent et alors seulement il est condamné à payer le montant de la composition. D'ailleurs cette condamnation n'autorise pas à procéder contre lui à la saisie des meubles, car cette saisie suppose, comme le prouve bien le titre L, § 2 de la loi salique, que le défendeur a promis solennellement, *ex fide facta*, d'exécuter la condamnation et, dans notre espèce, cette promesse n'a pas été faite. Toutes les fois que le condamné par défaut refuse d'exécuter volontairement la condamnation rendue contre lui, on se trouve dans une des applications du second cas auquel nous arrivons maintenant.

(1) On remarquera que ces conclusions ne concordent pas d'une manière absolue avec celles de Sohm.

*Deuxième cas.* Le défendeur refuse de promettre d'exécuter le jugement contradictoire prononcé contre lui ou bien il s'agit d'un jugement par défaut dans les circonstances que nous venons de rapporter. Il n'est pas possible, ni dans l'un, ni dans l'autre de ces deux cas, de procéder à la saisie des meubles, car cette saisie suppose, comme nous venons de le dire, une promesse *ex fide facta* qui n'a pas eu lieu. Le demandeur ajourne le défendeur à comparaître après quatorze nuits devant le tribunal du roi. Au jour fixé, on attend le défendeur jusqu'au coucher du soleil. S'il se présente et paye le montant de la composition, tout est fini : il échappe à une seconde condamnation. S'il ne comparaît pas, le demandeur fait constater par douze témoins que la procédure a été régulièrement suivie contre le défendeur depuis la *mannitio* jusqu'à ce jour : trois témoins affirment qu'ils étaient présents à l'audience fixée pour le premier ajournement ; trois autres disent qu'ils étaient présents à la seconde audience ; trois autres encore attestent qu'ils étaient là au moment où le contumax a été ajourné à comparaître devant le tribunal du roi ; enfin trois derniers témoins reconnaissent que devant le tribunal du roi le défendeur a été en vain attendu jusqu'au coucher du soleil. Alors un jugement du roi met le défendeur hors la loi et prononce la confiscation générale de ses biens : *Tunc rex ad quem mannitus est eum intra sermonem suum ponat... Tunc ipse culpabilis et omnes res suæ erunt* (1). Il est probable que le roi, avant de prononcer la mise hors la loi, laissait à l'inculpé un nouveau délai de trois jours pour comparaître (2). Le texte de la loi salique ne prévoit pas le cas où le défendeur venait devant le tribunal du roi et refusait d'exécuter le jugement. Ce silence s'explique probablement par la raison bien simple que ce cas ne devait pas se présenter : lorsque le défendeur ne voulait pas exécuter le jugement, il s'abstenait de comparaître. Mais enfin on peut supposer que le défendeur a comparu et refusé d'exé-

(1) Loi salique, t. LVI ; *lex emendata*, tit. LIX. — Merkel, Nov. 150.
(2) Grégoire de Tours, liv. VII, § 23. — Rozière, form. 443 et 444.

cuter; peut-être était-il disposé à se soumettre au début de l'affaire devant le roi et ensuite un incident d'audience a modifié la situation. Il ne semble pas téméraire de conjecturer que le refus d'exécuter du comparant équivalait à son défaut et entraînait contre lui la mise hors la loi.

Certains auteurs ont recherché si les voies de recours étaient connues chez les Francs avant la rédaction de la loi salique, mais, en l'absence de tout texte, ils n'ont pu aboutir qu'à des conjectures qui ne reposent sur aucun fondement sérieux (1). La loi salique, dans le titre LX, après avoir admis la plainte pour déni de justice contre les rachimbourgs (§ 1 et 2), ajoute dans le § 3: « *Si vero illi rachimburgii sunt et et non secundum legem judicaverunt is contra quem sententiam dederint causa sua agat et si potuerit adprobare quod non secundum legem judicassent, DC dinarios qui faciunt solidos XV quisque illorum culpabilis judicetur.* » Ce texte ne parle évidemment pas du déni de justice qui a fait l'objet des deux paragraphes précédents; il suppose que les rachimbourgs ont rendu un mauvais jugement et il était alors permis de les attaquer par voie de recours au roi. Tel est l'objet de notre disposition du titre LX de la loi salique (2). Seulement s'agit-il dans ce texte d'un véritable appel, tel que nous le comprenons aujourd'hui, ouvert dans tous les cas. d'une manière très large ou bien cette voie de recours ne ressemble-t-elle pas plutôt à ce que l'on a appelé plus tard, au moyen âge, l'appel pour faux jugement, lequel consistait plutôt dans une prise à partie contre le juge qu'on accusait d'avoir de mauvaise foi mal appliqué la loi?

Les deux solutions sont proposées. Nous préférons la seconde : dans le texte de la loi salique cette voie de recours se présente bien sous la forme d'une prise à partie : le plaignant attaque les rachimbourgs, plutôt que leur jugement; s'il est reconnu qu'ils ont jugé contrairement à la loi, ils encourent

(1) On trouvera l'exposé de ces différentes opinions dans Fournier, *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, p. 98 et suiv.

(2) Titre LVII du 1er texte de Pardessus, p. 32.

une amende, ce qui implique un délit de leur part ou tout au moins une faute grave.

C'était donc sous forme de prise à partie et en cas de faux jugement que l'appel était ouvert contre les rachimbourgs. Si le perdant ne se plaignait d'eux, il était tenu d'acquiescer au jugement. Il est fort probable que déjà à cette époque le perdant devait se prononcer entre l'un de ces deux partis et on avait le droit de l'enfermer tant qu'il n'avait pas fait son choix (1).

L'acquiescement se faisait, selon toute vraisemblance, en une forme solennelle. Dans tous les cas, l'appel interjeté était certainement à la fois un acte soumis à une forme solennelle et en même temps injurieux pour le juge dont la sentence était attaquée ; aussi l'appelait-on *blasphematio*.

### § 40. — CHANGEMENTS APPORTÉS A LA PROCÉDURE SOUS LES MÉROVINGIENS.

Telle fut l'ancienne procédure de la loi salique. Mais après l'établissement des Francs en Gaule, sous les Mérovingiens et

(1) « Un Capitulaire de 805 fait allusion à cet ancien usage : « *De clamatoribus vel causidicis qui nec judicium scabinorum adquescere nec* BLASPHEMARE *volunt* ANTIQUA CONSUETUDO *servetur, id est ut in custodia recludantur donec unum e duobus faciant.* » Boretius, 123. Cette disposition a passé dans le recueil d'Anségise, III, 7 (dans Boretius, 426). Voy. sur ce point une intéressante dissertation d'Esmein, *La chose jugée dans le droit de la monarchie française*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XI, année 1887, p. 546. Toutefois notre savant collègue va, à notre avis, un peu trop loin lorsqu'il affirme que le principe de l'autorité de la chose jugée était étranger au droit franc. Nous verrons plus loin dans quelle mesure on pourrait dire qu'il y avait chose jugée. La vérité est qu'il est peut-être imprudent d'employer une formule romaine pour déterminer les effets attribués par les *Leges* au jugement. Mais il ne nous paraît pas exact de dire que, dans le droit barbare, les décisions des comtes et des rachimbourgs n'avaient aucune force, aucune efficacité par elles-mêmes. Sous ce rapport, la différence entre le droit barbare et le droit romain et même le droit moderne tient plus à la forme qu'au fond. En réalité, dans toutes ces législations, le perdant doit acquiescer au jugement ou l'attaquer ; le droit barbare ne diffère du droit moderne qu'en ce qu'il consacre des *actes formels* pour l'un et l'autre cas. Mais aujourd'hui comme autrefois, le perdant est mis en demeure de choisir entre ces deux partis. Cette mise en demeure résulte dans le droit moderne, de la signification du jugement ; dans le droit franc, on mettait le perdant *in custodia* jusqu'à ce qu'il se fût prononcé. Nous n'oserions pas exprimer cette différence en disant qu'à cette époque les décisions des comtes étaient par elles-même privées de toute efficacité.

sous les Carolingiens, elle subit de profonds changements. Et d'abord cette procédure ne s'appliqua pas seulement aux Francs, mais à tous les habitants du royaume, Romains ou Barbares. Sans doute on avait admis le principe de la personnalité des lois civiles et la constitution de Clotaire de 560, chap. 4, portait à cet effet : « *Inter Romanos negotia causarum romanis legibus præcipimus terminari.* » Mais ce principe concernait seulement les lois civiles proprement dites, celles qui régissent l'état des personnes, la famille, la propriété, les contrats, et il était étranger à l'organisation judiciaire ainsi qu'à la procédure. Sous ce rapport les lois étaient les mêmes pour tous, sans distinction de nationalité. La preuve en résulte manifestement des formules de l'époque franque, notamment des *formulæ andegavenses.* Les lois civiles de fond variaient suivant les nationalités, mais non les lois de forme. Il n'en résulte pas moins de profonds changements pour les Gallo-Romains, car souvent les lois de forme réagissent sur le fond du droit ou créent même un droit nouveau au profit d'une personne. Ainsi toute la procédure d'exécution sur les biens et sur la personne fut soumise au droit barbare et il en résulta certains changements dans le régime de la propriété. De même le droit d'appel tel que nous le comprenons aujourd'hui, et qui avait jusqu'alors existé au profit des Romains, disparut en principe.

Mais sous l'influence des mœurs nouvelles, l'ancienne procédure de la loi salique subit peu à peu des changements considérables. On en constate déjà l'existence dans l'édit de Chilpéric, (1) et surtout dans la loi des Ripuaires. L'édit de Chilpéric n'impose plus au défendeur l'obligation de promettre d'exécuter le jugement; cette obligation est supprimée et on passe tout de suite à la procédure *in contumaciam.* Il résulte de là que la satisfaction du droit du demandeur ne dépend plus de la volonté de son adversaire ; il n'y a plus lieu à la mise

(1) *Edictum Chilperici*, Merkel, *Lex salica*, tit. LVXVII. Cet édit a été savamment commenté par Sohm *dans sa procédure de la* lex salica, p. 130 et suiv. de la traduction Thévenin. Cet édit a été publié par Pertz, II, 10, et par Boretius, p. 8.

hors la loi qu'autant que le défendeur coupable et insolvable s'est enfui, parce qu'alors sa fuite a rendu toute exécution impossible sur sa personne comme sur ses biens. De même l'édit de Chilpéric ne veut plus que le pouvoir d'exécution du comte puisse être mis en mouvement par un acte solennel du demandeur. Il faut maintenant un jugement des rachimbourgs; l'autorité des juges s'accroît ainsi aux dépens de la personne du demandeur. Nous allons voir, de plus en plus, la puissance publique prendre la place de l'individu ; le magistrat et les juges joueront un rôle plus actif dans la procédure ; le demandeur ne pourra plus directement recourir aux voies d'exécution. Cette exécution directe, cette *pigneratio* comme disent certains auteurs, sur les meubles du débiteur, était trop brutale; elle devenait inconciliable avec le développement des relations sociales. On commençait à user largement des contrats que nous appelons synallagmatiques. Etait-il possible d'admettre ce droit de *pigneratio* dans des circonstances où chacun était à la fois créancier et débiteur? Aussi sur ce point l'ancien droit fut modifié non seulement dans l'édit de Chilpéric, mais encore dans la plupart des lois barbares. Celles-ci exigèrent en général que le créancier obtint un jugement et qu'il se fit assister dans l'exécution par la puissance publique, au risque d'encourir une amende (1).

La saisie des meubles et ses effets ne furent pas modifiés. D'après la loi salique (2), le créancier devient propriétaire des meubles saisis. Seulement la prisée en est faite par des rachimbourgs, comme nous l'avons vu plus haut. Cette prisée devait être d'autant plus facile que de temps à autre des tarifs légaux ou coutumiers évaluaient les bestiaux et les

(1) Loi des Burgondes, XIX, 1. — Loi des Visigoths, V, 6, 1. — Loi des Bavarois, XIII, 1. — Edit de Théodoric, chap. 123. — Capit. *De partibus Saxoniæ*, cap. 25, Boretius, 70. — La loi lombarde semble avoir maintenu l'ancienne *pigneratio* et même l'avoir étendue à toute espèce d'obligation ; elle n'a exigé l'intervention de la puissance publique que pour la saisie de certains objets précieux. Cpr. Nani, *Studi di diritto longobardo*, 2e étude, chap. 2. Cette solution est toutefois contestée.

(2) Tit. L, § 2.

objets sur lesquels portaient les saisies (1). Ce système fut observé jusqu'en plein moyen âge et cela se conçoit : pour des temps où la monnaie étant très rare, les meubles en faisaient souvent office. On admit avec beaucoup de peine le droit pour le créancier de vendre les meubles du débiteur et de se payer sur le prix ; on craignait de sa part des fraudes au préjudice du débiteur (2). Quant à la saisie sur les immeubles, elle n'apparait pas avant les Carolingiens.

Reste l'exécution sur la personne qui subit de bonne heure de profonds changements. Nous avons déjà vu que, d'après la loi salique, l'homme condamné à payer une composition pour meurtre, peut, s'il est insolvable, rejeter sur ses parents le paiement de la dette en abandonnant sa maison à sa famille et en remplissant les solennités de la *chrenecruda* (3). Cette obligation de la famille disparut de bonne heure et avec elle la procédure qui avait pour objet de lui transmettre le fardeau de la dette. On conserva la *chrenecruda* cependant dans la loi salique, même dans la *lex emendata*, mais seulement à titre de curieux souvenir. Cette abrogation fut-elle le résultat du non usage ou s'accomplit-elle au moment d'une révision de la loi salique ou bien encore fut-elle l'objet d'une loi spéciale? On en est réduit à des conjectures. Il n'est pas impossible que la procédure de la *chrenecruda* ait été considérée par l'Église, à tort ou à raison, comme entachée de paganisme (4). Dans l'édit de Chilpéric il n'est déjà plus question de cette vieille procédure. Si le coupable ne peut pas payer sa composition, il est tout de suite conduit jusqu'à quatre fois au *mallus*, sans formalité

(1) Voyez loi des Ripuaires, tit. XXXV, § 11 (ou 38).

(2) Cpr. la très ancienne coutume de Bretagne, chap. 203, 295, 303, 304.

(3) Loi salique, tit. LVIII, éd. Pardessus, p. 32. On se rappelle que, d'après certains auteurs dont nous ne partageons pas l'opinion, cette procédure s'appliquerait toutes les fois qu'il s'agirait d'une composition, même si elle était due pour une cause autre que le meurtre ; il est même des auteurs qui étendent cette procédure au cas d'une dette quelconque. Mais, nous l'avons remarqué, le terme même de *chrenecruda* prouve bien que cette procédure était propre au cas de meurtre.

(4) *Lex salica*, édit. Hessels, textes 7, 8, 9, tit. XCVIII. « *De chrenecruda quod paganorum tempus observabant.* »

de la *chrenecruda*. Ses parents peuvent encore venir à son secours et payer à sa place, mais ils n'y sont plus obligés, quoiqu'ils soient solvables (1).

Le décret de Childebert II de 595 ou 596 est plus précis encore : il prévoit directement le cas de meurtre et déclare que les parents et amis du coupable ne sont plus responsables de ce crime; le coupable seul doit payer (2). Il parait bien d'ailleurs que dans ces circonstances, si le débiteur ne paye pas, il est livré à son créancier qui en fait ce qu'il veut : à la rigueur il a le droit de le tuer, mais en fait il s'en garde bien et se borne à le réduire à l'état d'esclavage. C'est peut-être aussi ce décret de Childebert qui a définitivement abrogé la procédure de la *chrenecruda*. Dans la loi des Bavarois, le droit s'adoucit encore : le créancier ne peut plus faire ce qu'il veut de son débiteur; celui-ci devient son esclave, mais seulement pour le temps nécessaire à l'acquittement de la dette au moyen de ses services (3). Dans les capitulaires, le débiteur qui ne peut pas payer sa composition devient toujours l'esclave du créancier (4). D'ailleurs les *leges* et les capitulaires supposent, en parlant de l'exécution sur la personne, une dette née *ex delicto*. Il semble donc que cette exécution ait été interdite lorsque la dette avait une autre cause. Certains auteurs repoussent cependant cette solution et admettent toujours l'exécution sur la personne à défaut de paiement, que la dette soit née d'un délit ou d'un contrat (5). En l'absence de tout texte, nous ne pouvons accepter cette solution, d'autant plus que les contrats étant devenus plus nombreux et plus fréquents, l'exécution sur la personne se serait élargie outre mesure. L'esprit des lois barbares et des capitulaires semble bien être de la rendre plus rare et moins dure.

(1) Edit de Chilpéric, cap. 8, Boretius, 10.
(2) Décret de Childebert II, chap. 5, Boretius, 16.
(3) Loi des Bavarois, tit. II, chap. 1, § 3, 4 et 5.
(4) Voy. par exemple le Capit. de 803, cap. 8, Boretius, 114; de 811, cap. 3, Boretius, 165.
(5) Voy. en ce sens Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 156.

On sait que, dans certaines parties de la loi ripuaire, le législateur s'est proposé de déroger à la loi salique (1). Il ne faut donc pas s'étonner si dans cette seconde loi des Francs la procédure a subi d'importants changements. Il n'est plus question des procédures d'exécution, de la *pigneratio;* le *testare* disparaît, l'amende de 15 sous, autrefois attachée au premier *testare*, change de caractère et devient une amende moratoire (2). L'ancienne revendication des meubles de la loi salique subit aussi des altérations partielles dans la loi des Ripuaires (3). En même temps apparaît une nouvelle action, la revendication des immeubles qui est à peine mentionnée dans la loi salique (4). Quant à la distinction des actions personnelles en actions *ex contractu* ou *ex delicto*, aux procédures *ex re præstita* ou *ex fide facta*, tout cela a disparu. La procédure tend à se dégager du formalisme et des actes solennels, en même temps qu'on retire au créancier le droit de procéder sur-le-champ à la mise en gage. Il n'y aura plus dès lors pour toutes les actions personnelles, même pour celles qui naissent *ex re præstita* ou *ex fide facta*, qu'une seule et même procédure, celle de la *mannitio*, autrefois réservée aux actions *ex delicto*. Il faut même aller plus loin et dire en termes généraux que la procédure par *mannitio* devient la règle commune; on ne s'en écarte que pour certaines affaires spéciales, par exemple, la revendication des meubles.

Cette procédure par *mannitio* s'altère elle-même: elle se dégage du formalisme et ne reconnaît plus au demandeur les droits énergiques que la loi salique lui avait concédés. Ainsi, par exemple, d'après la loi salique, le défendeur était tenu d'avouer ou de nier, dans les termes mêmes où l'accusation avait été formulée contre lui. C'était là une obligation rigou-

(1) Tels sont notamment les titres XXXII à LXIV. Sohm a montré, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, V, 384 et suiv., 404 et suiv., quelle a été la portée de ces changements, en comparant les textes précités de la loi des Ripuaires aux titres II et suivants de la loi salique.

(2) Cpr. loi des Ripuaires, tit. LII.

(3) Loi des Ripuaires, tit. XLVII et XXXIII, § 1.

(4) Tit. L et LV.

reuse et souvent gênante. Aussi la loi des Ripuaires la supprima tout au moins en partie et autorisa le défendeur à répondre en d'autres termes; le fait n'est pas douteux pour le cas où on lui reprochait d'avoir occupé à tort un immeuble (1). La loi des Ripuaires dispensa aussi du *tangano* les *homines regii, romani vel tabularii*, peut-être à cause de leur ignorance des coutumes nationales; mais elle le maintint pour les Francs ingénus (2).

On a aussi prétendu que les Mérovingiens avaient adouci les rigueurs de la procédure pour le cas de flagrant délit. Auparavant le coupable pris sur le fait était arrêté, jugé, exécuté sur le lieu même et à l'instant, sans qu'on l'autorisât à se défendre. Des capitulaires mérovingiens lui auraient ensuite reconnu ce droit. Nous avons vu toutefois qu'à notre avis la question reste douteuse.

Quant aux jugements, ils cessèrent d'être purement oraux et on s'attacha à les constater par écrit. Ce fut un grand progrès. Sans doute auparavant, en cas de difficulté sur l'existence ou le sens d'un jugement précédemment rendu, les hommes libres qui avaient été présents au moment de sa prononciation apportaient leur témoignage; mais il est facile de comprendre que leur souvenir s'effaçait ou tout au moins s'altérait au bout d'un certain temps et après leur mort la preuve du jugement devait souvent devenir impossible. Ces inconvénients furent évités au moyen de la rédaction des jugements par écrit. Il nous en est parvenu un nombre relativement élevé et il est facile, en s'y reportant, de se convaincre que ces jugements étaient rédigés avec beaucoup de soin; ils ne contenaient pas seulement la décision des rachimbourgs, mais encore l'objet du litige, la qualité des juges et même la marche générale de la procédure, le tout dans un ordre qui d'ailleurs variait assez souvent (3). Malgré l'introduction de

(1) Loi des Ripuaires, tit. LIX (ou LXI), § 10.
(2) Loi des Ripuaires, tit. LVIII (ou LX), § 22 et 23.
(3) Pardessus, *Diplomata*, t. II, n° 332, p. 108; n° 349, p. 131; n° 418, p. 217; n° 424, p. 223; n° 434, p. 233; n° 440, p. 241; n° 456, p. 291; n° 473, p. 279; n° 479, p. 287; n° 535, p. 345; n° 589, p. 403.

l'écriture pour les jugements, la procédure demeura encore orale pendant fort longtemps; elle ne devint écrite que plus tard, sous l'influence du droit canonique.

La procédure de l'appel ne subit aucun changement important. Le perdant devait acquiescer au jugement ou l'attaquer dans une forme solennelle en reprochant aux juges d'avoir rendu un faux jugement. L'appel était une véritable prise à partie dirigée contre le comte ou contre les rachimbourgs ou même contre les uns et les autres à la fois. Tant que le perdant n'avait pas pris son parti d'acquiescer au jugement ou de l'attaquer, il pouvait, on s'en souvient, être mis en prison (1). C'est là l'origine de l'appel pour faux jugement qui s'est d'abord précisé sous la période carolingienne et ensuite développé au moyen âge. On pouvait aussi, sans interjeter appel dans le sens actuel de ce mot, porter devant le roi une affaire déjà jugée; mais le roi était libre d'en connaître ou de la repousser (2). A vrai dire, l'appel ne paraît pas avoir régulièrement fonctionné tel que nous le voyons aujourd'hui. Ce qui est certain, c'est que le roi avait un droit de révision sur les sentences mal rendues. Il pouvait même ordonner à un magistrat de réformer sa sentence si elle n'avait pas été acceptée par les parties. Clotaire II donna même aux évêques un certain droit de surveillance sur la justice laïque. Mais le texte de sa *præceptio* étant assez obscur, a donné lieu à des interprétations très divergentes. Les uns veulent que les évêques aient pu, avec la délégation du roi, statuer en son lieu et place, sur les appels pour faux jugement : les autres pensent que Clotaire a seulement invité les évêques à user de leur influence morale pour décider les comtes à modifier eux-mêmes leurs jugements lorsqu'ils avaient mal statué et que leurs décisions n'avaient pas encore été acceptées par les plaideurs (3). Il est difficile de dire quelle est celle de ces deux interprétations qui est la plus conforme à l'esprit du

(1) Capit. de 805, cap. 8, Boretius, 123.

(2) C'est à un cas de ce genre que fait allusion Grégoire de Tours, liv. VII, § 23.

(3) Capit. de Clotaire II, cap. 6, Boretius, 19.

capitulaire, mais l'une et l'autre consacrent des solutions exactes et qu'on ne saurait contester, même si la *præceptio* de Clotaire n'existait pas : il était tout naturel qu'un évêque usât de son influence pour décider un comte à modifier une sentence qui n'était pas encore devenue définitive et d'un autre côté, rien ne s'opposait à ce que le roi déléguât à un évêque, en qualité de *missus*, le droit de juger sur appel de faux jugement, en son lieu et place.

## § 41. — LA PROCÉDURE SOUS LES CAROLINGIENS.

La procédure de l'époque carolingienne ne diffère pas sensiblement de celle qui était observée sous la période précédente. Le magistrat, comte, centenier ou tout autre, continue à la diriger et les scabins jouent un rôle semblable à celui qui était attribué avant eux aux rachimbourgs. L'instance se divise encore en deux phases qui se terminent chacune par une décision, la première sur la preuve, la seconde sur le fond du procès. La procédure reste orale, aussi bien de la part du magistrat et des échevins que pour les parties; on emploie la langue du pays, allemande ou latine, suivant les contrées de l'Empire (1). Pour assurer la conservation de la procédure et du jugement, on charge presque toujours, en pratique, un notaire d'en dresser par écrit le résumé en présence des magistrats, des échevins et de certains témoins appelés à cet effet. Mais cette formalité est de pure précaution; on ne l'exige pas à peine de nullité et, si elle avait été omise, le jugement n'en serait pas moins valable. En cas de difficulté, on en établit l'existence par le record du magistrat, des échevins et des témoins (2). Le système de la personnalité des lois continue encore à être observé. Aussi la loi des Bavarois et plusieurs textes postérieurs, notamment le cinquième capitulaire de 803, recommandent au comte de juger chacun selon sa loi et lui imposent l'obliga-

(1) Voy. à cet égard Bethmann-Hollweg, *Der germanische romanische Civilprocess in Mittelalter*, t. II, p. 110 (t. V de l'ouvrage).

(2) Voy. par exemple *Placita* de 844, 880, 1087, 1038, dans Muratori, I, 359, 467; IV, 570.

tion de connaître les différentes coutumes (1). Ainsi s'explique l'existence de manuscrits comprenant plusieurs lois et dont quelques-uns sont parvenus jusqu'à nous. Lorsque les plaideurs sont de nationalités différentes, on applique la loi du défendeur ; nous en avons des exemples en matière de liberté, de succession, de propriété (2). Mais si le défendeur appelle un auteur en garantie, alors c'est la loi de ce dernier qu'on applique. Ce système des lois personnelles s'étend aussi à l'obligation de fournir des cautions judiciaires et au système des preuves : le défendeur donne des garanties ou établit sa prétention suivant sa loi nationale (3). Toutefois, pour plus d'un détail de procédure, on applique à tous la loi du lieu, c'est-à-dire celle du tribunal saisi de l'affaire (4).

L'influence romaine et celle du droit canonique ne se font pas encore sentir dans les pratiques judiciaires. Cependant cette procédure, qui nous est révélée soit par les capitulaires de Charlemagne ou de ses successeurs, soit par un grand nombre de décisions judiciaires parvenues jusqu'à nous (5), commence à se transformer sous plus d'un rapport. Le formalisme primitif tend à disparaître en partie, mais non pas complétement. Ainsi le demandeur expose sa prétention oralement, sans être obligé d'employer des formules sacramentelles. Tandis qu'autrefois le procès se déroulait exclusivement devant les parties, devant le magistrat et les juges, sous les Carolingiens au contraire, ceux-ci jouent un rôle actif au procès ; ils peuvent prendre d'office certaines mesures et les capitulaires leur recommandent même de venir au secours des plaideurs incapables ou ignorants (6).

(1) Loi des Bavarois, tit. II, cap. 15, § 2. — Capit. de 803, d'après Baluze ; Capit. de 801-814 d'après Boretius, cap. 4, p. 144.

(2) Capit. de Pépin, de 790, cap. 4, Boretius, 201.

(3) Capit. de Pépin, de 790, cap. 4, Boretius, 201. — Anségise, lib. IV, § 71, Boretius, 445. — Capit. de 804-813, Boretius, 190. — *Capita extravagantia legis salicæ*, V, dans Merkel, p. 100.

(4) Voy. une décision de Charlemagne de 812, dans Sickel, *Acta regum*, I, 240.

(5) On trouvera l'indication de ces principales sources dans Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, § 78, notes 86 à 98, t. V, p. 81 et suiv.

(6) Capit. de 802, cap. 9, Boretius, 93. — *Placitum* de 875, dans Muratori, I, 436. — *Placitum* de 880 dans Vaissète, I, n° 76.

Le système des preuves n'est pas modifié, mais on en facilite l'application; les capitulaires ne multiplient pas les amendes contre ceux qui ne font pas leur preuve, à la différence des *leges;* on n'y retrouve guère que l'amende de soixante sous due pour le ban du roi.

Enfin la théorie des actions commence à prendre une forme plus nette. Elles peuvent se ramener, à cette époque, à cinq classes : les premières et les plus fréquentes sont celles qui ont pour objet la réparation d'un tort, *crimen*, terme, comme on le voit, d'une acception très générale dans les capitulaires (1). On obtient une réparation par des dommages-intérêts ou par une composition; il y a même lieu, dans les cas les plus graves, à l'application d'une peine publique. La seconde classe renferme les actions relatives à l'état des personnes, lesquelles ne peuvent être intentées que devant le roi ou son représentant (2). Mais les procès en revendication de serfs ou d'esclaves, intentés par ceux qui se prétendent propriétaires contre les possesseurs, autrefois assimilés aux actions relatives aux meubles, sont maintenant mis sur la même ligne que les actions réelles immobilières (3). Ces actions réelles immobilières sont très nombreuses et s'appliquent aux diverses sortes de biens fonds. Mais elles n'ont pas encore pris cette forme si nette et si précise qu'on leur reconnaît dans le droit romain. Cette particularité tient à ce que dans les *Leges*, comme dans toutes les législations primitives, l'action apparaît sous la forme d'une réclamation à raison d'un tort injustement éprouvé. Cette forme n'est pas favorable à la division des actions en réelles ou personnelles; elle tend au contraire à les confondre toutes dans la seconde classe. La propriété est, en d'autres termes, bien moins protégée par des actions qui s'y réfèrent directement que par des actions personnelles naissant des injustices commises

(1) Capit. de 803, cap. 11, Boretius, p. 111.

(2) Voy. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, V, § 84, texte et notes 56 à 62.

(3) Cpr. la loi des Ripuaires, tit. LVIII, § 8 et tit. LXXII, avec Rozière, form. 499 (Zeumer, p. 252, form. 30 de Merkel). — Capit. de 812, cap. 4, Boretius, 176. — Capit. de 817, cap. 11, Boretius, 315.

envers les biens meubles ou immeubles. Ainsi s'explique-t-on que la théorie des actions réelles naisse et se constitue longtemps après la formation du droit de propriété. Il est probable, comme nous l'avons vu, que le droit de propriété foncière existait déjà au temps de la loi salique et cependant on chercherait en vain dans cette loi la véritable action réelle en revendication des immeubles, tandis qu'on y rencontre une foule de dispositions destinées à réprimer les atteintes injustes portées à ces mêmes biens. A l'époque carolingienne, les actions immobilières sont encore dirigées. d'après les termes des capitulaires, contre celui *qui malo ordine invasit, qui injuste tenet, qui contra legem tenet.* Elles s'appliquent d'ailleurs aussi bien aux maisons qu'au sol (*terra, vinea, pratum, silva, etc.*), aux alleux qu'aux bénéfices, aux acquêts qu'aux immeubles patrimoniaux (1). Certaines redevances prennent aussi un caractère réel et sont, à ce titre, garanties par des actions de même nature (2).

Les actions en réclamation de meubles forment une classe à part et se caractérisent encore par la procédure d'entiercement. Enfin viennent en dernier lieu les actions personnelles destinées à garantir le paiement des dettes nées de contrats (3).

Les parties doivent comparaître en personne (4). Elle exposent au tribunal leurs prétentions verbalement; toutefois le plaideur qui ignore le droit ou ne sait pas s'expliquer, peut prendre une personne chargée de l'assister et de parler en son nom; on appelle cette personne *defensor* ou *causidicus* (5). La loi recommande même, comme nous l'avons vu,

(1) Voy. par exemple un *placitum* de 756 dans Pérard, *op. cit.*, p. 33; une sentence de 870 dans Pérard, p. 150; Baluze, II, appendice, n° 98.

(2) *Placitum* de 843, dans Baluze, *Marca hispanica*, n° 16. — *Placitum* de 844, dans la *Gallia christiana*, I, p. 107, n° 4. — *Placitum* de 852, dans Muratori, II, p. 953.

(3) Voy. la *lex Frisonum*, X, 1, Pertz, *Leges*, III, 695.

(4) Capit. de 802, cap. 9, Pertz, *Leges*, I, 92; Boretius, 91.

(5) Loi des Ripuaires, tit. XXXI. — Capit. de 805, cap. 8, Pertz, *Leges*, I, 133; Boretius, 141.

au magistrat de venir lui-même au secours de ceux qui ne sont pas en état de faire valoir leurs droits; il leur nomme des *defensores* d'office (1). D'ailleurs ces défenseurs doivent s'abstenir de toute mauvaise chicane, sous peine d'encourir une amende de 15 sous; ils pourraient même être expulsés du prétoire et en cas de résistance, ils encourraient le ban royal (2).

Les parties qui comparaissent en justice doivent jouir de la capacité civile. Ainsi le mineur est représenté par son père ou par son tuteur et la femme par celui qui exerce sur elle le *mundium* (3). A plus forte raison l'esclave ou le serf ne peut-il être ni demandeur, ni défendeur; c'est son maître qui le représente en justice (4). Comme demandeur, le maître n'agit à la place de son esclave qu'autant qu'il a intérêt personnel à obtenir justice; comme défendeur, le maître répond à l'action dirigée contre son esclave à raison d'un tort, en ce sens qu'il doit jurer en son lieu et place ou payer la composition; mais il peut, s'il le préfère, se libérer par l'abandon noxal. Dans tous les cas, lorsqu'il y a lieu d'appliquer une peine publique, elle ne peut naturellement être supportée que par l'esclave en personne (5).

Certains esclaves jouissent du privilège d'ester en justice; ce sont ceux du roi (*fiscalini*) ainsi que ceux des églises ou monastères (*ecclesiastici*). Les vassaux du roi (*beneficiarii*) et les demi-libres (*liti*) ont aussi le droit de se présenter comme demandeurs ou défendeurs. Mais toutes ces personnes, serfs privilégiés ou demi-libres, peuvent être assis-

(1) Capit. de 817, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 210; Boretius, 273.

(2) Capit. de 803, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 113; Boretius, 113 (cap. 4). — Capit. de 819, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 227; Boretius, 295.

(3) Cap. de 479, cap. 18, Pertz, *Leges*, I, 38; Boretius, 47. — Capit. de 782, cap. 5, Pertz, *Leges*, 42; Boretius. 191. — Capit. de 819, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 226; Boretius, 292. — Capit. de 829, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 353.

(4) Capit. de 855, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 436.

(5) Capit. de 802, cap. 16, Pertz, *Leges*, I, 105; Boretius, 209. — Capit. de 803, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 107; Boretius, 117. — Capit. de 817, cap 15, Pertz, *Leges*, I, 217; Boretius, 281. — Capit. de 819, cap. 7, Pertz, *Leges*, I, 226; Boretius, 291.

tées de leur maître et en particulier lorsqu'elles sont actionnées comme défenderesses, le maître a le choix ou de donner satisfaction au demandeur ou de prendre en main la cause de ses protégés (1). D'ailleurs, déjà à cette époque, le *senior* doit assister et secourir son vassal en justice et de son côté le vassal est tenu de venir au secours de son *senior* dans la procédure du serment et de l'ordalie (2). Nous avons vu plus haut, quels sont, au point de vue de la justice, les avantages qui résultent du privilège de l'immunité, d'abord pour l'immuniste lui-même, ensuite et aussi pour ceux qui habitent son domaine.

Lorsqu'une demande est formée par un incapable, par exemple, par un esclave, le défendeur n'est pas tenu d'y répondre et on lui reconnaît le même droit dans le cas où le demandeur, d'ailleurs capable, n'indique sa prétention qu'en termes vagues et obscurs (3).

Tandis que le droit romain admettait d'une manière absolue la représentation en justice, le droit franc voulait qu'en principe on fût obligé de comparaître en personne. Il ne faut pas confondre en effet le *defensor* ou *causidicus*, dont il a été parlé plus haut, avec le mandataire judiciaire. Le premier assiste la partie par ses conseils et par sa parole, mais il n'a pas la qualité de représentant; la meilleure preuve en résulte de ce que le plaideur est là présent, lui-même en personne. Pour se faire représenter par un mandataire *ad litem*, il faut obtenir du roi une permission spéciale (4). Il paraît d'ailleurs qu'on usait de cette faculté et qu'on obtenait cette autorisation, car des diplômes mentionnent la présence

(1) Loi des Ripuaires, tit. LVIII, § 20. — Loi dite des Chamaves, § 44. — Capit. *De Villis* de 812, cap. 29 et 52, Pertz, *Leges*, I, 183; Boretius, 83 et suiv. — Capit. de 802, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, 84; Boretius, 204. — Capit. de 819, cap. 1, Pertz, *Leges*, 226; Boretius, 292.

(2) Capit. de 813, cap. 20, Pertz, *Leges*, I, 189; Boretius, 170. — Capit. de 823, cap. 13, Pertz, *Leges*, I, 234. — Capit. de 853, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 424. — Capit. de 883, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 550.

(3) *Statuta Ludovici II*, 855, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 436. — *Pippini capitulare longobardicum*, 782, cap. 8, Pertz, *Leges*, I, 43.

(4) Marculfe, liv. I, form. 27, Zeumer, p. 56.

en justice de mandataires des plaideurs. Il est même probable que le droit de se faire représenter appartenait aux personnes empêchées par l'âge, les infirmités ou toute autre cause semblable, de venir elles-mêmes ; une permission du roi n'était pas nécessaire en pareil cas. Enfin certaines personnes jouissaient du privilège de plaider par procureur ; tel était avant tout le roi dans les procès qui intéressaient son domaine ; il était représenté par un agent du fisc ou par tout autre mandataire (1). De même les immunistes, évêques, abbés ou autres étaient représentés devant la justice séculière, même devant les *missi dominici*, par des avoués, *advocati* (2). Les hommes des immunistes jouissaient des mêmes avantages (3). D'ailleurs il va sans dire que les immunistes, même les évêques et les abbés, avaient la faculté de renoncer à ce privilège et de comparaître en personne (4). Mais les clercs et les moines ne pouvaient se présenter devant les tribunaux séculiers qu'avec la permission de leur évêque ou de leur abbé (5). Enfin les vassaux du roi pouvaient aussi avoir des *advocati* chargés de les représenter, eux et leurs hommes, devant les juridictions ordinaires (6).

On prenait tout naturellement pour représentants ou assistants en justice des hommes de loi, tels que des notaires, des échevins ; mais il ne paraît pas qu'il ait existé des avocats ni des avoués avec le caractère officiel qu'on leur reconnaît aujourd'hui (7). Les clercs n'avaient pas le droit de se pré-

(1) Plaid de 806 et plaid de 852, dans Muratori, I, 973 et II, 954.

(2) Capit. de 819, cap. 28, Pertz, *Leges*, I, 218.

(3) Diplômes de 816, 832, 835, dans Vaissète, nos 29 et 47, dans Bouquet, VI, nos 58 et 200.

(4) Plaids de 806 et de 883, dans Muratori, I, 460 et 974 ; plaid de 870, dans Vaissète, I, n° 95.

(5) Capit. de 775, cap. 18, Pertz, *Leges*, I, 26. — Capit. de 789, cap. 12, Pertz, *Leges*, I, 65 ; Boretius, 53 et suiv. — Capit. de 801, cap. 18, Pertz, *Leges*, I, 88.

(6) Capit. de 802, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 104 ; Boretius, 209. Il semble que les communautés de village avaient aussi, dans les procès, le droit de se faire représenter par des fondés de pouvoirs qu'elles élisaient. Voy. à cet égard Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, V, p. 109. — Plaid de 881, dans Fumagalli ; n° 121.

(7) Voy. plaids de 820, 844, 857, dans Muratori, I, 462, 529, 537. Voy. Beauchet, *Histoire de l'organisation judiciaire en France*, p. 491.

senter comme mandataires *ad litem*, à moins que ce ne fût en faveur des églises, des orphelins ou des veuves, mais encore leur fallait-il, même dans ces cas, l'autorisation de leur supérieur hiérarchique (1). Dans le duel judiciaire, la représentation n'était permise qu'au profit de ceux qui ne pouvaient pas combattre en personne, tels que les femmes, les enfants, les corporations, les clercs (2).

Nous avons vu que, sous la période mérovingienne, la procédure s'ouvrait le plus souvent d'une manière anormale et tout à fait factice : en matière de dette par l'exécution sur les biens ; pour la revendication des meubles, par l'*anefang;* en cas de flagrant délit, par la mainmise sur le coupable. La procédure par voie d'exécution en cas de dette était consacrée par les lois salique, bourguignonne et lombarde ; mais on en chercherait vainement la trace dans celles des Visigoths, des Ripuaires, des Saxons et des Frisons. En matière de meubles, l'*anefang* se trouve dans le droit salique, dans la loi ripuaire, dans celle des Lombards, dans celle des Visigoths et il est encore mentionné à notre époque dans deux capitulaires. On ne peut donc pas dire que cette procédure soit complétement tombée en désuétude, mais il est probable qu'elle est devenue tout à fait exceptionnelle et s'applique seulement dans certaines contrées, notamment chez les Ripuaires (3). De même la mainmise sur le coupable est encore consacrée par la loi dite à tort des Francs Chamaves (§ 48), comme elle l'était auparavant par les lois salique, ripuaire et lombarde. Mais ces procédés sont devenus exceptionnels et la manière normale de saisir la justice d'un procès consiste maintenant dans l'assignation par le demandeur (*mannitio*) ou par l'ordre du magistrat (*bannitio*) (4). Le changement s'est tout d'abord

(1) Concile de 755, cap. 56, dans Boretius, 33.

(2) D'aprés un Capit. de 818, cap. 10 (Boretius, p 283), lorsque le champion est vaincu, il a le poing coupé et de plus son mandant perd le procés.

(3) Capit. de 803, cap. 8, Pertz, *Leges*, I, 118 ; Boretius 118. — Capit. de 806, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 146 ; Boretius, 156.

(4) Cpr. sur ce point Rogge *Gerichtswesen der Germanen*, § 9. — Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, § 76. — Maurer, *Altgermanischen Geri-*

accompli chez les Visigoths, sous l'action manifeste du droit romain. Les Burgondes n'étaient pas non plus restés étrangers à cette influence; ils avaient sans doute conservé pour eux l'assignation par le demandeur en personne et en présence de témoins, mais ils avaient admis que le défendeur devait fournir caution de comparaître et qu'après un second ajournement resté sans résultat, le juge pouvait l'y contraindre (1). Quant aux Francs, Saliens ou Ripuaires, ils n'avaient à l'origine admis la *mannitio*, l'ajournement par le demandeur en personne, qu'en matière de délit, ainsi que nous l'avons vu précédemment; d'ailleurs cette forme d'assignation était demeurée tout à fait germanique et n'avait subi aucune influence romaine. Ainsi en cas de défaut, on s'engageait dans la procédure de contumace, sans que le juge ordonnât la comparution par la force. D'ailleurs déjà à l'époque mérovingienne, cette manière d'entamer le procès par *mannitio* était, on s'en souvient, devenue à peu près générale et s'était étendue aux actions personnelles civiles, aux actions réelles, mobilières ou immobilières, aux questions d'état.

Les capitulaires des rois carolingiens ont, sous différents rapports, modifié ces anciens principes. A côté de la *mannitio*, c'est-à-dire de l'ajournement par le demandeur en personne, est venue se placer la *bannitio*, c'est-à-dire l'ajournement par ordre du magistrat. Avait-on le choix entre ces deux formes ou bien devait-on employer tantôt l'une, tantôt l'autre, suivant les circonstances? La question est douteuse pour l'époque de Charlemagne. Dans le silence des textes, on admet assez volontiers que le demandeur avait le choix entre ces deux procédés : il pouvait assigner en personne ou prier le magistrat de faire venir le défendeur en justice. Mais cet état de choses cessa à partir d'un capitulaire de Louis le

*chtsverfahren*, § 26 et suiv. — Siegel, *Deutsche Gerichtsverfahren*, § 9 et suiv. — Waitz, *op. cit.*, t. IV, p. 368, 383, de la 2ᵉ éd. — Sohm, *op. cit.*, I, p. 113. — Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, V, § 82, p. 111 et suiv.

(1) Pour plus de détails sur ces deux points, voy. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, IV, p. 242 et 378.

Débonnaire, de l'année 816, qui établit pour l'avenir une distinction fort simple : on devait agir par voie de *mannitio* dans les procès *de ingenuitate vel de hæreditate*, c'est-à-dire dans les contestations relatives à l'état des personnes ou aux biens patrimoniaux ; dans tous les autres cas, le défendeur était appelé par la *bannitio* du comte (1). Cette innovation d'ailleurs concernait seulement les procédures organisées par les lois salique et ripuaire (2).

Les capitulaires ont aussi modifié les délais de comparution ; la loi des Ripuaires avait accordé jusqu'à sept délais successifs au défendeur avant qu'on pût engager contre lui la procédure par contumace ; un capitulaire de Charlemagne réduit ces délais à quatre et les fixe en comptant par nuits, d'après l'ancien usage germanique ; le premier délai est de sept nuits, le second de quatorze, le troisième de vingt-et-une, le quatrième de trente-deux (3). De même un capitulaire de Louis le Pieux fixe le premier délai de comparution à quarante nuits ; si le comte ne tient pas un plaid à l'expiration de ce délai, celui-ci est étendu jusqu'au plaid le plus prochain, mais alors le défendeur ne peut plus obtenir qu'un second délai de sept nuits et il n'a pas droit à une troisième réassignation ; pour chaque défaut il doit payer 15 sous d'amende et en dernier lieu, le magistrat envoie le demandeur en possession de ses biens (*possessio in bannum missa*), comme nous le verrons avec plus de détails en nous occupant de la procédure par contumace (4). Ce délai de quarante nuits était déjà indiqué dans un plaid de 758 et nous avons vu précédemment qu'on ne sait pas exactement quel était le délai normal sous l'empire de la loi salique, mais il parait

(1) Capit. de 816, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, 196. — Capit. de 817, cap. 12, Pertz, *Leges*, I, 212 ; Boretius, 283.

(2) Quant au mode d'assignation consacré par les lois des Alamans, des Bavarois, des Saxons, des Lombards ou par les capitulaires qui se réfèrent à ces lois, voy. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, t. V, § 82, p. 117.

(3) Loi des Ripuaires, tit. XXXII, § 2 et 3. — Capit. de 803, cap. 7, Pertz, *Leges*, I, 117 ; Boretius (cap. 6), 118.

(4) Capit. de 803, cap. 7, Pertz, *Leges*, I, 117 ; Boretius (cap. 6), 118. — Capit. de 819, cap. I, Pertz, *Leges*, I, 225 ; Boretius, 292.

bien établi que ce délai est resté, au moins pendant un certain temps, de droit commun sous les rois de la troisième race (1).

Une fois les deux parties en présence devant la justice, le demandeur expose valablement sa prétention en termes quelconques (2); la procédure est en effet restée orale, mais elle s'est sensiblement dégagée du formalisme primitif. C'est ce qui résulte bien nettement des actes du temps qui, en relatant les prétentions du demandeur, les exposent sous des formes très diverses. D'ailleurs le demandeur continue à se plaindre de torts civils; le droit romain ne fait pas encore sentir son influence, la distinction des droits en réels ou personnels n'est pas très nette. Aussi, par exemple, le demandeur prétend qu'il a été blessé par son adversaire, ou que celui-ci a tué son parent, ou qu'il est entré injustement en possession d'un bien, ou qu'il s'est permis quelqu'entreprise contre ce bien, ou qu'il refuse à tort de payer une redevance, etc. Dans les plus anciens documents le demandeur continue à s'adresser au défendeur; mais bientôt l'exposé de la demande est fait aux juges, afin d'obtenir justice (3). Lorsque le demandeur a fini de parler, le magistrat demande au défendeur ce qu'il peut répondre, mais il ne parait pas que cette intervention du magistrat ait été nécessaire, car, dans un certain nombre de textes le défendeur répond directement au demandeur (4).

Le défendeur peut faire immédiatement sa déclaration, il le doit même si l'on est arrivé au dernier des ajournements. Toutefois on lui permet de réclamer un délai pour s'enquérir de la chose litigieuse (5). De même le mandataire a droit à un

(1) Mabillon, *De re diplomatica*, p. 493. — Pardessus, *Loi salique*, p. 599.

(2) C'est ce qu'on appelle dans le latin du temps *mallare*, *clamare*, *interpellare*, *pulsare*.

(3) Voy. par exemple plaid de 783, dans Baluze, II, appendice, n° 16. — Plaid de 852), dans Vaissète, I, n° 76. — Plaid de 865, dans Muratori, V, 276.

(4) Voy. plaid de 783, dans Baluze, II, appendice 16. — Vaissète, *op. cit.*, I, n° 76. — Pérard, *op. cit.*, p. 33 et 34. — Plaids de 875 et de 880, dans Muratori, I, 436 et 502. — Cpr. form. de Lindenbrog, 169.

(5) Plaid de 880, dans Muratori, I, 462.

délai pour préparer la cause, mais à la condition de fournir caution et de se présenter à la première assise (1). Les choses se passent encore ainsi lorsque la compétence du comte est contestée (2).

Si le défendeur reconnaît fondée la prétention du demandeur, il est par cela même dispensé de toute preuve, car on se rappelle qu'à l'époque mérovingienne le défendeur doit faire la preuve par témoins ou par écrit, par serment ou par jugement de Dieu. Cette preuve devient inutile dès qu'il avoue le fait. Sans doute cet aveu amène pour lui la perte du procès, mais cependant il vaut encore mieux s'y résigner lorsqu'on n'est pas certain de réussir dans la preuve et que la conscience ne permet pas de prêter serment, car tout au moins dans ce cas et par l'effet de l'aveu, le défendeur évite toute amende et est seulement tenu de satisfaire le demandeur (3). On assimile à l'aveu le silence du défendeur présent ou son fait quelconque de n'opposer aucune contradiction à la prétention de l'adversaire (4). Dans toutes ces circonstances, les échevins rendent sur-le-champ un jugement définitif qui reconnaît le droit du demandeur et ordonne au défendeur de lui donner satisfaction immédiate ou de fournir caution à cet effet. Ainsi en cas de meurtre le défendeur paye le montant de la composition et en retour le demandeur lui délivre une charte de sécurité ou bien encore le défendeur restitue tout de suite en justice, sous une forme symbolique, le bien revendiqué (5).

Lorsqu'au contraire le défendeur répond à la demande par une contradiction formelle, alors les échevins rendent un jugement interlocutoire sur la preuve. Ce jugement décide par qui la preuve sera faite et de quelle manière :

(1) Plaids de 827, 857, 875, 905, dans Muratori, I, 481, 487, 501, 557.

(2) Capit. de 801, cap. 14, Pertz, *Leges*, I, 104; Boretius, 210.

(3) Cpr. loi des Saxons, XVI, 1. — Plaid de 752, dans Mabillon, *De re diplomatica*, 40. — Plaid de 868, dans Pérard, p. 34.

(4) Bignon, form. 6, Zeumer, p. 230. — Pérard, *op. cit.*, p. 32.

(5) Bignon, form. 7, Zeumer, p. 230. — Plaids de 752 et 782, dans Mabillon, nos 40 et 55. — Plaids de 782, 868, 870, dans Pérard, p. 33, 34, 149. — Plaid de 870, dans Vaissète, I, 95.

tantôt par l'une ou par l'autre des parties au moyen de témoins ou d'écrits, tantôt par serment du défendeur, tantôt par jugement de Dieu du demandeur, suivant les distinctions que nous ferons bientôt connaître. Celui qui est tenu de la preuve obtient à cet effet un délai de quarante nuits, mais il doit fournir garant de se représenter et s'il manque à cet engagement, on le traite comme toute partie qui n'a pas fait sa preuve (1). Toutefois cette division de la procédure en deux phases, l'une sur la preuve et qui se termine par un jugement interlocutoire, l'autre sur le fond et qui prend fin par un jugement définitif, peut être évitée et rien ne s'oppose à ce que les échevins statuent à la fois sur la preuve et sur le fond lorsque les plaideurs sont disposés à faire immédiatement les preuves qui sont mises à leur charge respective (2).

Les échevins rendent nécessairement leur décision d'après les résultats produits par la preuve. Le défendeur doit d'abord prêter serment, lequel peut être ensuite combattu par le demandeur au moyen de témoins et d'écrits. Lorsque les deux plaideurs font également preuve de part et d'autre, on s'en remet à l'ordalie. Il faut donc nécessairement qu'on finisse par aboutir à une preuve au profit de l'un des plaideurs et contre son adversaire et c'est d'après cette preuve que les échevins décident de quel côté est le droit.

Le jugement a autorité de chose jugée; si l'action était plus tard renouvelée et même, d'une manière plus générale, si dans la suite une des parties voulait remettre en question ce qui a été précédemment décidé, l'adversaire pourrait faire repousser cette prétention au moyen d'une fin de non recevoir tirée du respect dû à la chose jugée et celui qui a eu

(1) Plaid de 819, dans Pérard, p. 34. — Edit de Pistes de 864, cap. 33, Pertz, *Leges*, I, 496. — Plaid de 791, dans Muratori, V, 312. — Plaid de 806, dans Muratori, I, 965. Parfois le délai était différent ou bien encore on en accordait plusieurs, par exemple trois délais successifs pour prêter serment. Voy. notamment *Extravagantes* de la loi salique, I, 99, dans Merkel. — Plaid de 862, dans Vaissète, I, n° 88.

(2) Plaid de 867, dans Vaissète, I, n. 91. — Plaid de 870, dans Pérard, *op. cit.*, p. 150.

tort de ne pas en tenir compte encourrait une amende de 15 sous (1).

Lorsque l'existence d'un jugement antérieurement rendu est contesté dans la suite, on peut l'établir au moyen de témoins (2). La constatation du jugement par écrit n'est donc pas à cette époque une formalité substantielle. Mais cependant on a déjà l'habitude, pour l'utilité de la preuve, de faire dresser par un notaire un écrit contenant le résumé de la procédure et le jugement qui est intervenu; cet écrit est signé du magistrat, des échevins, et des personnes présentes les plus notables (3).

Au moment même où la sentence est rendue, les plaideurs ou leurs représentants doivent, chacun séparément, acquiescer au jugement ou déclarer qu'ils en appellent (*blasfemare*). Celui qui ne voudrait pas prendre parti serait mis en prison jusqu'à ce qu'il eût fait son choix (4). Cet appel, sous forme de *blasphematio*, encore consacré par un capitulaire de 805, remonte, on s'en souvient, à un vieil usage germanique, de même que la coutume de mettre en prison celui qui ne se décide pas à accepter le jugement ou à l'attaquer. Ce terme indique bien aussi que l'appel est injurieux pour le magistrat dont la sentence est attaquée; il constitue une véritable prise à partie et il se perpétuera au moyen âge sous le nom d'appel de faux jugement. Il ne s'agit donc pas là d'une voie de recours semblable à l'appel du droit romain et à celui du droit actuel. A l'époque carolingienne, comme auparavant, on reproche au juge d'avoir commis un véritable délit en rendant sa sentence. Les lois barbares supposent toujours que le juge dont la décision est attaquée, s'est laissé corrom-

(1) Sirmond, form. 42. — Capit. de 803, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 114; Boretius, 114. — Mabillon, *De re diplomatica*, n° 55.

(2) Capit. de 803, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 114; Boretius, 114. — Plaid de 844, dans Muratori, I, 467.

(3) Jugement de 781, dans Mabillon, *De re diplomatica*, n° 55. — Plaids de 845 et de 860, dans Muratori, I, 361 et II, 973. — Capit. de 832, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 438. Cpr. Rozière, form. 462 et 481.

(4) Capit. de 805, cap. 8, Pertz, *Leges*, I, 133; Boretius, 123.

pre ou a tout au moins commis une négligence grave (1). Cet appel de faux jugement peut être dirigé contre le comte ou contre les scabins ou même contre les uns et les autres à la fois, en un mot contre ceux qui sont coupables d'une injustice vis-à-vis des plaideurs (2).

Mais indépendamment de cet appel, limité au cas de délit commis par le juge, il y avait un appel beaucoup plus large devant la cour du roi, considérée comme juridiction d'équité. Loin de prétendre que la loi avait été violée, on reconnaissait qu'elle avait été bien observée, mais que son application avait conduit à une solution contraire à l'équité (3). Un capitulaire de Pépin le Bref nous fait bien connaître les caractères de cette voie de recours : elle n'est ouverte qu'aux grands et le roi est toujours libre de juger ou non selon sa convenance (4). Nous savons toutefois qu'il y avait droit acquis pour tout plaideur de s'adresser au roi s'il avait obtenu du prince une charte de mainbour. En pareil cas même le capitulaire de 805 prescrit de ne pas mettre en prison celui qui, ayant perdu son procès, refuse d'acquiescer au jugement des scabins et d'interjeter appel dans la forme ordinaire de la *blasfematio*. Sa qualité de justiciable du roi l'autorise à s'adresser au prince sans qu'il soit obligé de soutenir que les premiers juges ont commis un véritable délit à son égard. Seulement il paraît qu'on abusait de ces chartes de mainbour et qu'on en fabriquait de fausses pour se donner à soi-même le droit d'appel au roi sans fausser le jugement. Aussi le même capitulaire de 805 veut que dans tous les cas où une personne invoque des lettres de mainbour, pour s'adresser au tribunal du roi, sans prendre la voie de la *blasfematio*, on amène cette

(1) Voy. par exemple loi des Visigoths, II, 1, 19, 20, 23. — Loi des Alamans, XLI, 2. — Loi des Bavarois, II, 18 et 19.

(2) Capit. de 754-755, cap. 7, Boretius, 159. — Capit. de 801-814, cap. 4, Boretius, 144. — Capit. de 819, cap. 5, Boretius, 296.

(3) Hincmar, *De ordine palatii*, § 24, éd. Prou, p. 54.

(4) Capit. de 754-755, cap. 7, Boretius, 32.

personne au palais où l'authenticité de ces lettres sera vérifiée (1).

En cas d'appel ordinaire, si l'appelant succombe, il encourt une amende de quinze sous; s'il est insolvable, l'amende est remplacée par quinze coups de fouet (2).

Lorsque le jugement reconnait l'existence d'une dette à la charge du défendeur, celui-ci doit, comme sous la période précédente, ou l'acquitter immédiatement en justice, ou s'engager avec des fidéjusseurs à la payer dans un certain délai. S'il ne paie ni ne promet, le créancier est mis en possession de sa fortune jusqu'à ce qu'il ait accompli une de ces deux obligations (3). Quant à la question de savoir si le créancier peut, à cette époque, saisir même les immeubles ou si sa mainmise se limite comme au temps de la loi salique aux meubles, elle est vivement controversée. Plusieurs textes semblent restreindre l'envoi en possession des immeubles au cas où le débiteur ne trouve pas de fidéjusseurs disposés à garantir son engagement de payer la dette (4). Certains auteurs en concluent qu'il faut limiter l'envoi en possession des immeubles à ce cas. Mais cette solution nous paraît assez étrange, car si le capitulaire permet de mettre la main sur les immeubles d'un débiteur disposé à prendre l'engagement de payer, à plus forte raison le même droit doit-il être reconnu au créancier dans tous les autres cas où la situation de ce débiteur est en effet moins favorable. Lorsque le débiteur condamné est insolvable, il est tenu de se mettre au service du créancier et d'y demeurer jusqu'à ce que par ses travaux, il ait acquitté sa dette en équivalents (5).

(1) Capit. de 805, cap. 8, Boretius, 123. — Cpr. Capit. d'Ansegise, III, 7, Boretius, 426.

(2) Capit. de 781, Pertz, *Leges*, I, 40; Boretius, 190.

(3) Capit. de 785, cap. 27, Pertz, *Leges*, I, 50. — Capit. de 811, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 173; Boretius, 166.

(4) Capit. de 785, cap. 27, Pertz, *Leges*, I, 50.

(5) Capit. de 803, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 117; Boretius, 117. — Capit. de 811, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 169; Boretius, 160. — Capit. de 817, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 211, Boretius, 281. — Edit de Pistes de 864, cap. 34, Pertz, *Leges*, I, 497.

En matière réelle, la situation est plus simple. Le défendeur est condamné à restituer l'immeuble en justice au demandeur au moyen d'une véritable investiture et ensuite les deux plaideurs se font réciproquement l'un à l'autre des promesses garanties par des fidéjusseurs de s'abstenir de tout acte attentatoire à ce transport judiciaire (1). Lorsque le demandeur succombe, il doit promettre de ne plus inquiéter le défendeur dans sa possession de l'immeuble et fournir des fidéjusseurs. Les choses se passeraient de la même manière si, au lieu de revendication d'immeuble, il s'agissait d'un droit réel immobilier ou d'une succession (2). Dans tout procès de liberté, si le demandeur triomphe, le défendeur doit immédiatement, en justice, faire acte de soumission à titre de serf et se mettre à la disposition du gagnant (3).

Dans ce qui précède nous avons supposé que la procédure suit régulièrement son cours depuis l'ajournement jusqu'au jugement. Mais il peut arriver qu'il en soit autrement par la faute du magistrat ou par celle de l'un des plaideurs. Ainsi le demandeur peut éprouver un refus de justice de la part de celui qui la doit, comte, centenier, immuniste ou autre. Sous la période précédente, ces dénis de justice étaient directement portés au tribunal du roi. Mais depuis qu'une hiérarchie judiciaire est organisée, les choses ne se passent plus toujours ainsi : le comte connait du déni de justice du centenier ; le *missus* est saisi de celui du comte et on n'arrive au tribunal du roi qu'autant qu'on ne peut pas obtenir justice de ces fonctionnaires (4). Le capitulaire de 794 veut aussi que les clercs portent le déni de justice de l'abbé à l'évêque, celui de l'évêque au métropolitain et c'est seulement de celui du métropolitain qu'on peut se plaindre devant le roi (5). Le capitulaire de Mantoue nous fait connaître la

(1) Meichelbeck, t. I, n°s 125, 127, 128, 242, 253, 256, 472, 473. — Plaid de 844, dans Muratori, I, 529. — Plaid de 870, dans Pérard, *op. cit.*, p. 156. — Plaid de 883, dans la *Gallia Christiana*, VI, p. 418.

(2) Meichelbeck, I, n° 122.

(3) Meichelbeck, I, n° 487.

(4) Capit. de 827, cap. 15, Pertz, *Leges* I, 352.

(5) Capit. de 794, cap. 6, Pertz, *Leges*, I ; Boretius, 74.

procédure à suivre pour mettre le comte ou tout autre magistrat en demeure de rendre justice et constater son refus. Le demandeur est tenu de sommer le comte jusqu'à trois reprises et chaque fois en présence de témoins; de son côté le comte peut établir qu'il n'a pas manqué à son devoir en présentant un acte judiciaire dressé par un notaire, contresigné par des témoins et constatant ce qui s'est passé; il est admis à compléter sa justification au moyen d'un serment qu'il peut prêter en personne ou par mandataire (1).

Il peut aussi arriver que l'instance ne s'engage pas contradictoirement par suite du défaut de l'une ou de l'autre des parties.

Sous les Carolingiens, la procédure par défaut subit d'importants changements. On a sans doute conservé sur plus d'un point secondaire les vieux principes du droit franc : tout défaut de l'une ou de l'autre partie, à quelque moment de la procédure qu'il se produise, continue à entrainer contre le défaillant la peine de quinze sous (2). Toutefois, cette amende n'est pas encourue si l'on envoie à sa place un messager chargé de faire valoir une cause légale d'excuse (*sunnis*) (3). De même, les délais continuent à se compter par nuits et il n'est pas permis de prendre défaut contre la partie avant le coucher du soleil (4). Mais sous d'autres rapports bien plus importants, notamment en ce qui concerne les effets du défaut et le fond du droit, la procédure par contumace a été profondément modifiée. Nous avons vu que, d'après la loi salique, lorsque le défendeur faisait défaut, il était mis hors la loi : le demandeur n'obtenait pas une sentence exécutoire à son profit sur les biens du défendeur; il ne pouvait réclamer que la mise hors la loi et encore n'avait-il pas le droit de la demander au tribunal ordinaire; il fallait qu'il s'adressât au tribunal du roi. A la suite de cette peine, les biens

(1) Capit. de 781, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 40; Boretius, 190.
(2) Capit. de 803, cap. 7, Pertz, *Leges*, I, 117; Boretius, 118.
(3) Capit. de 803, cap. 7, Pertz, *Leges*, I, 117; Boretius, 118.
(4) Capit. de 819, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 225; Boretius, p. 292. — Capit. de 825, cap. 9, Pertz, *Leges*, I, 252; Boretius, 292.

du débiteur étaient confisqués au profit de l'Etat (1). Il est probable que l'Etat remettait une partie des biens aux créanciers pour l'acquittement de ce qui leur était dû, mais c'était là une pure faveur qui devait nécessiter des démarches longues et incommodes. Dans l'édit de Chilpéric et dans la la loi des Ripuaires, on constate une première modification en faveur du créancier : la procédure par défaut aboutit à l'exécution directe sur les meubles ; seulement, comme les particuliers n'ont plus le droit de procéder par eux-mêmes à cette exécution, il faut que le créancier s'adresse au comte qui la prescrit (2). D'ailleurs ces deux premières procédures par défaut supposaient un procès entamé par la *mannitio* et on sait que cette forme d'ajournement était réservée au cas de délit ; nous avons vu comment les choses se passaient pour les autres procédures.

Les capitulaires établissent un troisième et nouveau système. Et d'abord le procès s'engage différemment dans la plupart des cas : il s'ouvre par une *mannitio* dans les procès de propriété immobilière ou de liberté, par une *bannitio*, c'est-à-dire par un ordre du juge une ou plusieurs fois renouvelé dans tous les autres cas. Le défendeur refuse-t-il de comparaître, dans tous les cas, qu'il ait été appelé par une *mannitio* ou par une *bannitio*, la justice prononce la mainmise sur ses biens (3). D'ailleurs cette situation n'est que provisoire : si le défendeur consent à comparaître dans l'année, il est immédiatement remis en possession de son patrimoine. Mais une fois ce délai expiré, les biens du défendeur restent définiti-

(1) Loi salique, 1er texte, tit. LVI.

(2) Edit de Chilpéric, chap. 6 et 7. — Loi des Ripuaires, tit. XXXII, § 3 à 5 et tit. LI, § 1. — L'édit de Chilpéric, chap. 10, ne maintient la mise hors la loi que dans des circonstances exceptionnelles : « *Nam si certe fuerit malus homo qui male in pago faciat, et non habeat ubi consistat nec res unde componat, et per silvas vadit et in præsentia nec agens neo parentes ipsum adducere possunt, tunc agens ille et cui male fecit nobiscum adcusent et ipsum mittemus foras nostro sermone, ut quicumque eum invenerit, quomodo sic ante pavido interfitiat.* Boretius, p. 10.

(3) Capit. de 803, cap. 7, Pertz, *Leges*, I, 117 ; Boretius, 118. — Capit. de 817, cap. 12, Pertz, *Leges*, I, 212 ; Boretius, 283. — Capit. de 873, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 519.

vement acquis au fisc. Celui-ci se trouve alors substitué au défendeur; c'est ainsi qu'il peut répondre à l'action intentée par le demandeur. Le défaut du défendeur n'entraîne donc pas nécessairement gain de cause pour le demandeur. Mais si le fisc reconnaît le bien fondé de sa prétention, il doit alors s'y soumettre et comme il a en réalité succédé au défendeur, il est tenu de payer ses dettes, d'abord sur les meubles, ensuite et subsidiairement sur les immeubles (1).

Comme on le voit, cette nouvelle législation consacre d'importants changements : les créanciers sont payés par l'Etat en vertu d'un droit qui leur est reconnu et non plus par simple faveur; l'exécution ne se poursuit plus seulement sur les meubles, mais encore et aussi sur les immeubles ; toutefois ces derniers biens ne sont attaqués que d'une manière subsidiaire et après épuisement des meubles.

En cas de procès contradictoire et à défaut de payement, la *missio in bannum* portait-elle encore indistinctement sur les immeubles et sur les meubles, en un mot sur tout le patrimoine du débiteur? La question est très controversée et nous l'avons déjà rencontrée. La plupart des auteurs n'hésitent pas à admettre l'affirmative en faisant remarquer qu'il n'y a aucune raison de distinguer. Dans ce système, que nous croyons fondé, on arrive à décider que la législation des capitulaires a connu et même introduit la saisie immobilière (2).

On discute aussi sur le point de savoir si cette procédure rigoureuse ne doit pas se limiter au cas de condamnation à raison d'un délit. Mais on ne peut invoquer aucun texte en

(1) Capit. de 817, cap. 11, Pertz, *Leges*, I, 212; Boretius, 283. — Cpr. Capit. de 801, cap. 18, Pertz, *Leges*, I, 85. — Capit. de 802, cap. 32, Pertz, *Leges*, I. 95; Boretius, 97. — Edit de Pistes de 864, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, 490. — Capit. de 873, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 519.

(2) Meibom, *Deutsches Pfandrecht*, p. 97. — Sohm, *Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung*, I, p. 117 et suiv. — Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte*, p. 58. Cette opinion est toutefois très sérieusement contestée et on a soutenu, en se fondant sur les textes, que la saisie des immeubles et leur attribution au créancier, doivent être limitées au cas de contumace.

En ce sens Esmein, *op. cit.*, p. 159.

faveur de cette doctrine et les documents du temps écartent au contraire toute distinction (1). On prononcera donc l'envoi en possession des biens en cas de défaut du défendeur, même s'il s'agit d'une action réelle ou d'une dette née d'un contrat.

Dans tout ce qui précède nous avons supposé que le défendeur a fait défaut dès le début du procès. Mais on sait qu'à cette époque la procédure se divise en deux phases successives, la première sur la preuve à administrer, la seconde sur le résultat de la preuve. Les textes prévoient le cas où le serment ayant été, suivant le droit commun, déféré au défendeur qui avait comparu, celui-ci ait fait ensuite défaut au moment où il devait le prêter; ils décident que cette absence du défendeur équivaut à un refus de serment; en conséquence il perd le procès et il encourt l'amende de quinze sous qui menace toute partie défaillante à une époque quelconque de l'instance (2). Les textes sont muets pour le cas où le défendeur fait défaut sur une autre preuve, par exemple au moment où il devait être soumis à une ordalie, mais la sanction était évidemment la même qu'en cas de défaut sur le serment. Bethmann-Hollweg limite toutefois cette solution au cas de défaut du défendeur sur les ordalies. Si le défendeur était défaillant au moment où il devait administrer la preuve par témoins ou par écrit, on le considérait sans doute comme n'ayant pas administré cette preuve, mais il n'était pas par ce seul fait condamné; il fallait auparavant lui déférer le serment et c'est seulement en cas de nouveau défaut sur ce serment que le défendeur aurait succombé. La vérité est que les textes restent muets sur cette question.

Nous avons parlé jusqu'à présent du défaut du défendeur qui est en effet à toutes les époques le plus fréquent. Mais il peut arriver cependant parfois que le demandeur ne comparaisse pas. S'il fait défaut à l'expiration de l'ajournement, il

(1) Voy. par exemple un plaid de 861 dans Bouquet, VIII, p. 570. — Cpr. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, V, p. 183.

(2) Capit. de 785, cap. 32, Pertz, *Leges*, I, 50; Boretius 70. — Cpr. un jugement de 808 dans Pérard, *op. cit.*, p. 148.

encourt une amende de quinze sous (1). Mais ce défaut ne produit contre lui aucune autre conséquence fâcheuse et rien ne s'oppose à ce qu'il renouvelle son action. Sa situation est plus grave s'il fait défaut sur la preuve ; dans ce cas, d'après les principes de l'ancien droit, le défendeur obtient gain de cause comme s'il avait prêté serment. Mais un capitulaire de Louis II a modifié ces anciens principes : il a décidé que les choses se passeraient comme si le demandeur était présent; en d'autres termes, le défendeur n'obtient plus gain de cause qu'à la condition de faire sa preuve (2). Ce capitulaire ne vise que le cas d'un procès relatif à la liberté, mais il semble bien que sa décision puisse être généralisée. Toutefois, il suppose, comme les textes antérieurs, que le demandeur fait défaut au début de la procédure relative à la preuve. Mais il peut arriver qu'il ait été admis à la preuve par témoins ou par écrit et qu'il disparaisse seulement au moment de faire cette preuve. Le défendeur obtient-il alors immédiatement gain de cause, ou bien les choses ne sont-elles pas plutôt au même état que si le demandeur n'avait rien prouvé dans un procès contradictoire? Les textes sont encore muets sur cette question (3).

## § 42. — LA PROCÉDURE DE LA COUR DU ROI.

Avant de quitter cet important sujet de la procédure, il est essentiel de nous arrêter un instant à l'instruction de la Cour du roi qui présente des particularités tout à fait remarquables. Ces particularités ont été toutefois exagérées (4). On a prétendu que cette cour, comme celle du comte du palais, était à peu près complétement dégagée du formalisme ordinaire de la procédure et que la preuve s'y administrait

(1) *Lex salica emendata*, I, 2.

(2) Loi des Burgondes, VIII. 5. — Lois de Rotharis, chap. 361. — *Extravagantes legis salicæ*, dans Merkel, p. 99. — Capit. de 855 (ou 864), cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 436.

(3) Bethmann-Hollweg se prononce en faveur de la seconde solution, *op. cit.*, t. V, p. 85.

(4) Notamment par Brunner, *Die Entstehung der Schwurgerichte*, p. 70 et 74.

suivant les formes particulières. Cela est vrai en partie seulement. Hincmar nous apprend que le comte du palais et le roi s'attachaient surtout à statuer selon l'équité (1). Mais de ce que sur le fond du procès l'équité tempérait la rigueur des lois, il n'est pas permis de conclure, d'une manière générale, que pour la forme on se dégageait des rigueurs ordinaires de la procédure. Ce sont là deux questions distinctes et indépendantes l'une de l'autre. On comprend très bien qu'une législation se montre rigoureuse pour la preuve du droit et qu'une fois la preuve faite, sur le fond du procès, le juge ait le pouvoir de tenir compte de l'équité autant que de la loi (2). Sur un point seulement, la procédure de la Cour du roi se dégage dans une certaine mesure du formalisme et donne plus de latitude aux juges que le droit commun : je veux parler de la procédure *per inquisitionem* dans laquelle les dépositions des témoins sont appréciées d'une manière particulière. C'est ce que nous verrons avec détails en nous occupant des différents moyens de preuve.

Nous possédons un nombre relativement considérable de jugements de cette cour du roi. Ces documents contiennent un résumé de la procédure : ils mentionnent l'ajournement, l'objet du procès, les moyens du demandeur et du défendeur, enfin ils contiennent la décision du tribunal et l'ordre d'exécution du roi, tous mentionnent que le comte du palais a attesté au roi la régularité de la procédure, conformément à ce que rapporte l'acte. Tous aussi sont écrits au nom du roi, même lorsque celui-ci est mineur et n'a dès lors pas pris part à l'affaire (3). On s'est demandé si le tribunal du roi appliquait une loi particulière ou le droit commun. Il est cer-

(1) *De ordine palatii*, § 21, p. 55 de l'éd. Prou.

(2) Ainsi chez les Romains, dans les actions de bonne foi, la procédure n'en était pas moins par certains côtés, très formaliste et, chose plus curieuse, on peut citer des droits qui sont uniquement fondés sur l'équité et donnent cependant naissance à des actions de droit strict : le droit romain se fondant sur l'équité, autorise celui qui a indûment payé à répéter, mais il lui accorde une action de droit strict, la *condictio indebiti*.

(3) *Diplomata*, t. II, n° 331, p. 107; n° 332, p. 108; n° 349, p. 131 ; n° 418, p, 217; n° 429, p, 227; n° 434, p. 233.

tain que les actes du temps ne citent aucune loi romaine, barbare ou autre, mais Hincmar semble bien répondre à la question : on appliquait les *leges mundanæ*, c'est-à-dire les lois profanes et on entendait par là les lois barbares comme le droit romain, par opposition au droit canonique. « Toutefois, nous dit Hincmar, se présentait-il un cas que les lois séculières n'avaient pas prévu dans leurs décisions ou sur lequel la coutume païenne avait statué plus cruellement que ne le comportaient la justice chrétienne et la sainte autorité de l'Eglise, on en remettait l'examen au roi, afin qu'avec l'assistance de personnes également versées dans l'une et l'autre loi et craignant la loi de Dieu plus que les lois humaines, il en décidât de façon à concilier ces législations toutes les fois qu'elles pouvaient l'être ; si cela était impossible, la loi du siècle devait, comme il convient, céder devant la justice de Dieu (1). » Ce passage d'Hincmar prouve bien qu'à la Cour du roi figuraient tout au moins dans les affaires difficiles, des jurisconsultes versés dans l'une et l'autre loi, mais qui devaient en général appartenir à la classe des clercs. C'est ce qu'établit déjà un diplôme de 751 où sont indiqués parmis les membres composant le tribunal, des *legis doctores* (2).

La procédure s'ouvrait d'une manière particulière, par un permis d'assigner. Celui qui voulait appeler son adversaire devant la Cour du roi devait s'y faire autoriser par la chancellerie : il obtenait à cet effet un acte appelé *indiculus* ou *signaculum*. Cet acte exposait la prétention du demandeur et déclarait au défendeur qu'il devait y faire droit et se présenter devant la Cour du roi pour s'y expliquer contradictoirement. Parfois le roi s'adressait au juge local, lui exposait la prétention du demandeur, l'invitait à lui procurer satisfaction et pour le cas où le défendeur s'y serait opposé, le juge était prié de le prévenir de se présenter au *placitum palatii*. Le défendeur devait même fournir caution à cet effet en matière criminelle et s'il s'y refusait, le juge

(1) Hincmar, *De ordine palatii*, § 21.
(2) *Diplomata*, t. II, n° 608, p. 418.

était tenu de l'amener de force devant la Cour du roi. Lorsque l'*indiculus* était remis au demandeur lui-même, celui-ci pouvait le signifier directement à son adversaire (1).

Le *signaculum* indiquait certainement le jour de la comparution; plusieurs formules en font foi (2). Au jour fixé, si les deux parties étaient présentes, l'affaire était immédiatement instruite et jugée en audience publique. Cette publicité des séances du *placitum palatii* est établie par un plaid de Pépin tenu en 750 (3). Toute partie empêchée de venir en personne, avait le droit de se faire représenter avec l'autorisation du roi. Ce mandat pouvait être donné d'après les formes que nous avons étudiées, notamment *per festucam*. Plusieurs formules nous montrent des personnes qui se présentent ainsi comme mandataires devant la Cour du roi (4).

On pouvait se dispenser de venir devant la Cour du roi comme devant toute autre juridiction si l'on présentait des excuses légitimes, telles que la maladie, la mort d'un parent, un incendie, le service du roi, etc. (5). Si le défendeur ne venait pas, le demandeur devait d'abord attendre trois jours, ensuite seulement il était donné défaut (6). Nous constatons d'ailleurs, par un grand nombre de diplômes, la pratique du formalisme de la procédure ordinaire et du droit commun. Ainsi on constituait un mandataire *per festucam;* la même solennité était employée pour s'engager à comparaître à jour fixe, à prêter un serment, à produire des titres, à payer une amende ou encore pour se désister (7). Si la partie violait

(1) Marculfe, liv. I, form. 26 et suiv.; Zeumer, p. 59. — Rozière, form. 433 et 443.

(2) Voy. par exemple Marculfe, liv. I. form. 26; Zeumer, p. 59.

(3) *Diplomata*, t. II, n° 604, p. 415 : « *In palacio publico.* »

(4) Marculfe, liv. I, form. 21 et 36; Zeumer, p. 56 et 66. — Rozière, form. 392 et 393. — *Diplomata*, t. II, n° 330, p. 107; n° 356, p. 141; n° 456, p. 261.

(5) Loi salique, tit. I, § 2 et tit. XCVIII, de l'éd. Merkel. — Rozière, form. 455.

(6) Marculfe. liv. I, form. 37; Zeumer, p. 67; Rozière, form. 444. — Sirmond, form. 33. — *Diplomata*, t. II, n° 424, p. 223. — Grégoire de Tours, liv. VII, § 23.

(7) Rozière, form. 454, 479. — *Diplomata*, t. II, n° 418, p. 217; n° 431, p. 229; n° 486, p. 261.

l'engagement solennel qu'elle avait pris, elle était condamnée à la *faida* au profit de son adversaire à titre d'indemnité du dommage et du *fredus* au profit du roi à raison du trouble apporté à la paix publique (1).

Il semble bien aussi que, dans la plupart des cas les preuves étaient soumises au formalisme ordinaire, notamment la preuve par cojureurs (2). Toutefois, pour l'appréciation des témoignages et aussi pour l'audition des témoins, nous rappelons qu'on s'écartait du droit commun ; nous le verrons avec détails en parlant de la preuve par témoins. Mais le plus souvent la preuve était produite au moyen d'écrits, *instrumenta* (3). Cela se conçoit facilement : l'usage s'était établi de constater par écrits authentiques les actes les plus importants de la vie civile (4).

Une fois l'instruction terminée, le jugement était rendu.

(1) *Diplomata*, t. II, n° 431, p. 229. — Grégoire de Tours, *Miracula sancti Martini*, IV, 26.

(2) Voy. *Diplomata*, t. II, n° 394, p. 185 et n° 424, p. 223. — Les serments étaient souvent prêtés sur la chape de Saint-Martin qui était conservée dans la chapelle des rois mérovingiens. *Diplomata*, II, n° 394, p. 185.

(3) *Diplomata*, t. II, n° 349, p. 131, n° 418, p. 217 ; n° 424, p. 223 ; n° 434, p. 233 ; n° 440, p. 241 ; n° 456, p. 261 ; n° 473, p. 279 ; n° 477, p. 285.

(4) Parfois même des parties comparaissaient devant la Cour du roi moins dans l'intention de faire ou soutenir un procès sérieux que pour obtenir un jugement confirmatif de titres écrits antérieurs. — Cpr. *Diplomata*, t. II, n° 229, p. 227 ; n° 456, p. 261 ; n° 473, p. 279 ; n° 479, p. 287.

# CHAPITRE X.

## Les preuves.

---

### § 43. — CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES PREUVES. QUI DOIT PROUVER?

A l'époque barbare, on se formait sur la théorie des preuves des notions tout à fait différentes de celles qui sont répandues aujourd'hui et nous sont pour la plupart venues du droit romain (1). Ainsi les jurisconsultes de Rome envisa-

(1) Cpr. Albrecht, *Doctrinæ de probationibus secundum jus Germanicum medii ævi adumbratio*. 1re éd. en 1825; 2e éd. en 1827. — Maurer, *Das Beweisverfassung nach deutschen Rechten*, dans le *Kritisches Überschau*, V, 197 et suiv. — Sachsse, *Das Beweisverfahren nach deutschem, mit Berücksichtigung verwandter Rechte des Mittelalters*, Erlangen, 1858. — Homeyer, *Register zu Sachsenspiegel*, I, p. 294. (Beweis) 401-404 (Zeuge, Zeugniss) II, 2 p. 596 à 622 (Beweis dans le Lehnrecht). — Plank, *Das Recht der Beweisführung nach dem älteren deutschen, besonders sächsischen Verfahren*, dans la *Zeitschrift für deutschen Recht*, t. X (1846), p. 205-324. — Plank, *Die Lehre vom Beweisurtheil*, 1848. — Hänel, *Das Beweissystem des Sachsenspiegels, mit Beschränkung auf den bürgerlischen Process*, Leipzig, 1858. — Zorn, *Das Beweisverfahren nach langobardischem Rechte*, Munich, 1872. — D. von Bar, *Das Beweisurtheil des germanischen Processes, Ein Beitrag zur Geschichte und Kritik des deutschen Processes, und des deutschen Rechtes*, Hannover, 1866, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, X, p. 92 et suiv. — Bethmann-Hollweg, *Der Civilprocess des gemeinen Rechts*, Bonn, 1868, t. IV, p. 26.

Parmi les ouvrages français on pourra consulter : Pardessus, *Loi salique*, 11e dissertation : *Des différents modes de preuve chez les Francs*. — Thonissen, *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique*, 2e éd. p, 497 et suiv. — Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, I, § 25, p. 241 et suiv. et § 28, p. 299 et suiv.

Nous relevons encore les monographies suivantes qui portent sur des points spéciaux : Mayer, *Geschichte der Ordalien, insbesonders der gerichtlicher Zweikämpfe in Deutschland*, Iena, 1795. — Wächter, *Beiträge* (*Beweis durch Eideshelfer im Mittelalter*), p. 262-267. — Gemeiner, *Über Eideshülfe und Eideshelfer des alten deustschen Rechts*, Munich, 1848. — Unger, *Der gerichtliche Zweikampf bei den germanischen Völkern*, Göttingue, 1847. — Delbrück, *Das Recht zur Beweisführung bei Klagen um Gut*, dans la *Zeitschrift für deutschen Recht*, t. XIV (1858), p. 213-241. — Platner, *Historische Entwicklung des Privat-*

geaient la preuve comme un véritable fardeau et en imposaient avec raison la charge au demandeur. Dans le droit barbare, la preuve était considérée comme un avantage et en conséquence elle était à la fois un droit et un devoir pour le défendeur; le demandeur n'avait le droit de prouver qu'autant que le défendeur ne pouvait pas se défendre ou s'en rapportait à la justice. Cette conception de la preuve s'explique par les moyens qu'on employait pour la fournir : anciennement, les preuves ordinaires résultaient du serment de la partie ou du jugement de Dieu et dans les deux cas la preuve dérivait de faits dépendants de la volonté de celui qui la faisait. Au contraire, en droit romain comme de nos jours, on n'admettait pas qu'une partie fit sa preuve par son affirmation spontanée ou par son fait personnel.

En général, on s'en souvient, celui qui devait faire une preuve en obtenait la constatation par un jugement spécial qui accordait en même temps un délai pour la produire. L'observation de ce délai et l'apport de la preuve étaient assurés par des promesses solennelles et des cautions. La preuve était, comme les autres parties de la procédure, essentiellement formaliste et dès qu'elle avait été faite suivant les rites prescrits par la loi, le résultat en était acquis au procès, quelle que fût la conviction du juge. Chez les Romains au contraire, comme de nos jours, les preuves étaient dégagées de tout formalisme et le juge se déterminait, surtout en matière criminelle, d'après ce que lui disait sa conscience.

Le formalisme des preuves n'était qu'une conséquence du formalisme qui dominait toute la procédure. On le retrouve dans la preuve par témoins, chez les cojureurs et même pour la rédaction et pour la remise des écrits. Tout s'accomplissait de la manière prescrite par la loi. Les témoins devaient re-

*rechts*, Leipzig, 1855, p. 56-115. — Dahn, *Studien zur Geschichte der germanischen Gottes Urtheile*, Munich, 1857. — Maurer, *Über die Freipflege (plegium liberale) und die Entstehung der grossen und kleinen Jury in England*, Münich, 1868. — Brunner, *Zeugen und Inquisitionsbeweis der Karolingischen Zeit*, Vienne, 1866. — Du même, *Die Entstehung der Schwurgerichte*, Berlin, 1871. — Du même, *Zur Rechtsgeschichte der Römischen und Germanischen Urkunde*, Berlin, 1880.

produire mot pour mot les termes du jugement qui avait ordonné la preuve ; il en était de même dans la formule du serment des cojureurs. Les écrits étaient rédigés et remis suivant certaines formalités. Dès que les témoins avaient déposé conformément à la loi et en nombre suffisant, dès que les cojureurs avaient prêté le serment prescrit, la preuve était faite, quelle que fût la conviction des juges. Sans doute ce formalisme rigoureux n'apparaît pas dans le texte de la loi salique et certains auteurs ont été amenés par ce silence à en nier l'existence (1). C'est qu'en effet la loi salique ne se proposait pas de déterminer la théorie générale des preuves. Aussi ne relève-t-on dans cette loi que des textes épars et incomplets. Mais les nombreux actes et documents de procédure de l'époque nous permettent d'établir que dès les premiers temps de la monarchie franque, ce formalisme fonctionnait dans toute sa rigueur. Il n'est dès lors pas téméraire de conjecturer qu'il existait déjà auparavant à l'époque de la rédaction de la loi salique. L'histoire du droit nous apprend que les institutions judiciaires tendent à s'éloigner du formalisme à mesure qu'elles se développent et s'améliorent. Aussi, dans cette procédure, le jugement qui ordonne la preuve joue-t-il un rôle important : cette preuve doit être administrée suivant les termes de la décision. Mais à cette époque la preuve n'est pas due par la partie au tribunal : elle se fait et s'échange entre les plaideurs. En d'autres termes, la partie est tenue de prouver à son adversaire et non pas à la justice ; celle-ci examine seulement si la preuve a été régulièrement fournie. Elle fait sa preuve de manières très diverses. Les législations les plus primitives ont une préférence marquée pour le serment et les ordalies qui d'ailleurs fort souvent n'excluent cependant pas les témoins et les écrits. Mais il est évident et naturel qu'avec les progrès de la civilisation ces derniers moyens de preuve gagnent rapidement du terrain et finissent par l'emporter. Sous ce rapport les diverses lois barbares présentent un certain nombre de points communs,

(1) Voy. par exemple Thonissen, *op. cit.*, p. 507.

mais il en est aussi qui offrent des particularités très remarquables. Il est fort souvent difficile de savoir si, dans telle loi, un moyen de preuve est de droit commun ou exceptionnel ou encore subsidiaire.

Le jugement ordonnant la preuve détermine aussi quelle est celle des deux parties qui doit l'administrer. En principe c'est au défendeur qu'incombe ce soin, contrairement à la règle romaine qui disait : *actori incumbit onus probandi*. La preuve étant considérée comme un avantage, il est tout naturel de la mettre du côté du défendeur. Quoi de plus facile en effet que de faire la preuve par son serment, même en supposant que l'assistance d'un certain nombre de cojureurs soit nécessaire? En général le demandeur accuse le défendeur d'une faute : ou bien il a violé la paix publique, ou il possède injustement une chose, ou il n'exécute pas une obligation. Dans tous ces cas, il commet une sorte de délit; ce qui le prouve bien, c'est que s'il succombe, il doit payer au demandeur une amende à titre d'indemnité et qui varie suivant la condition de ce demandeur, au roi le *fredus* à titre de violation de la paix publique. Mais dans tous ces cas aussi, le défendeur peut se justifier, se *idoneare* par son serment. S'il refuse de le prêter, il est considéré comme coupable et le demandeur n'a dès lors aucune preuve à administrer (1).

Toutefois de très bonne heure et peut-être même toujours, on a exigé que le serment de la partie fût confirmé par celui d'un certain nombre de cojureurs. Mais il est possible que dans certaines lois barbares on ait dérogé à ce droit commun et que la preuve par cojureurs soit devenue tout à fait subsidiaire.

Cette doctrine suivant laquelle la preuve est considérée comme un avantage et doit être faite par la partie défenderesse, est aujourd'hui très généralement admise (2). Tho-

(1) Voyez les textes cités par Bethmann-Hollweg, *op.* et *loc. cit.*

(2) Voyez notamment Rogge, *Das Gerichtswesen der Germanen*, p. 212. — Siegel, *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens*, p. 167 et suiv. — Comp. Sohm, *Der Process der* Lex salica, p. 125, p. 140, 141.

nissen la combat cependant avec beaucoup d'énergie : il soutient que chez les Germains comme à Rome, et tout au moins en matière criminelle, la preuve doit être faite par le demandeur contre le défendeur, par l'accusateur contre l'accusé (1). Mais les arguments qu'il fournit ne nous paraissent pas décisifs. Ainsi il considère la preuve comme un fardeau; or nous avons vu que, dans l'esprit du droit germanique, elle constitue un avantage, une faveur. De même M. Thonissen ne cite pas moins de quatre-vingt-dix textes de la loi salique où il est dit que l'accusé ne sera pas condamné si la preuve du crime n'est pas faite à son égard : *ei fuerit adprobatum*, et cette formule se rencontre même dans un certain nombre de capitulaires mérovingiens où elle est pour ainsi dire de style (2). Mais tous ces textes sont étrangers à notre question. Il est manifeste qu'un accusé ne sera condamné qu'autant que la preuve du crime sera faite. Mais à qui incombe la preuve? Telle est la vraie question et les textes cités ne la tranchent pas. On force jusqu'à l'évidence leur sens naturel lorsqu'on conclut de ce qu'ils exigent la preuve du crime pour la condamnation, que cette preuve doit être faite par le demandeur contre le défendeur. A vrai dire, les rédacteurs de la loi salique n'ont pas songé à notre question dans ces textes. S'ils avaient voulu la trancher, ils se seraient exprimés d'une manière précise dans une disposition spéciale et ils ne se seraient pas répétés une centaine de fois. Ces répétitions même prouvent que les mots *ei adprobatum fuerit* ne sont pas autre chose qu'une formule vulgaire dénuée de tout sens juridique. La constitution de Clotaire I[er] de 560, citée par Thonissen, laisse aussi notre question entière (3). Dans le

(1) *L'organisation judiciaire de la loi salique*, liv. III, sect. 2, chap. 1 (p. 101 de l'éd. in-4°).

(2) Voy. notamment, Pertz, *Leges*, II, 3, 5, 9.

(3) Elle porte en effet (chap. 3) : « Si quelqu'un est accusé d'un crime, on ne le condamnera pas sans l'avoir entendu. S'il est convaincu, après mûre délibération, d'avoir commis le crime, il sera chatié suivant la nature du méfait. *Si quis in aliquo crimine fuerit accusatus, non condemnetur penitus inauditus. Sed si in crimine fuerit accusatus et habita discussione fuerit fortasse convictus, pro modo criminis sententiam quo meretur excipiat ultione*. Pertz, *Leges*, I, 2; Boretius, 18.

célèbre pacte conclu entre Childebert et Clotaire, il est dit que si un voleur est amené devant les juges et s'il nie le fait, l'accusateur doit fournir la preuve du vol. Est-il permis d'en conclure d'une manière générale que la preuve incombe au demandeur ou est-ce là une dérogation au droit commun tenant à la nature de l'infraction (1)? A notre avis cette solution s'explique par les circonstances particulières que le pacte de paix a en vue : il s'agit d'une personne qui en a arrêté une autre (*ligaverit*) en l'accusant de vol. Or la *ligatio* était un acte particulièrement grave et on ne le permettait qu'en cas de crime manifeste. Cependant le texte parle d'un accusé qui nie le fait. Cette circonstance suppose bien que le délit n'a peut-être pas été flagrant et autorise à craindre que le demandeur n'ait abusé du droit de *ligatio*. Aussi en présence d'un défendeur qui peut nier l'existence d'un flagrant délit, on oblige le demandeur à faire la preuve et on lui impose même des *juratores medii electi*. Cette rigueur s'explique évidemment par la particularité de ces faits et on ne saurait déduire de ce texte une règle générale.

Quant au texte de la loi des Ripuaires, titre XLIII (ou XLII) § 1, il est ainsi conçu : *Si quis ingenuus ingenuum ligaverit, et ejus culpam cum sex testibus in harabo non adprobaverit, XXX solidos culpabilis judicetur*. Ce texte, comme on le voit, suppose qu'un ingénu a arrêté sous prétexte de flagrant délit un autre ingénu ; il n'a pas jeté le cri et appelé des témoins pour constater le flagrant délit et en conséquence il encourt une amende de 30 sous. Tout ce qui résulte de ce texte, c'est que si un homme veut en arrêter un autre, il doit appeler des témoins pour constater que le coupable a été pris sur le fait : il s'agit d'une mesure établie à titre de garantie de la liberté individuelle et qui laisse entière la question de savoir à qui appartient en général la preuve.

(1) Pertz, *Leges*, I, 7 ; Boretius, p. 4 : « *Si quis ingenuam personam per furtum ligaverit et negator extiterit, duodecim juratores medios electos dare debet, quod furtum quod obicit verum sit.* »

Cette question est tranchée par un texte précis, celui du titre LVI de la *lex antiqua* où il est dit à propos du condamné récalcitrant appelé à comparaitre au tribunal du roi : *Si quis ad mallum venire contempserit aut quod a rachineburgiis judicatum fuerit adimplere distulerit, si nec de composicione nec de ineo nec de ulla lege fidem facere voluerit, tunc ad regis præsentiam ipsum mannire debet, et ibi duodecim testes erunt qui..... jurati dicant quod ibidem fuerunt ubi rachineburgii judicaverunt ut aut ad ineo ambularet aut fidem de compositione faceret et ille dispexit.* Il s'agit bien là d'une disposition générale et il y est dit que l'accusé doit d'après le jugement des rachimbourgs, promettre solennellement ou de payer le montant de la composition, ou de fournir la preuve qui lui incombe, en particulier la preuve par l'eau bouillante. De même, une foule de textes nous apprennent que l'ingénu accusé d'un crime doit se justifier par son serment que corroborent ceux d'un certain nombre de cojureurs (1). On peut donc affirmer qu'en général, lorsque la production d'une preuve était reconnue nécessaire, le jugement des rachimbourgs mettait la preuve du côté du défendeur. Cette règle ne comportait exception que dans des cas spéciaux. Il est possible que si les circonstances de fait établissaient d'une manière presque manifeste l'existence ou l'absence de crime, les rachimbourgs auraient eu alors un certain pouvoir d'appréciation pour déterminer à qui incomberait la preuve ; mais c'est là une conjecture, car on ne peut citer à l'appui aucun texte vraiment précis (2). Ce qui semble établi, c'est que le rôle des rachimbourgs n'était pas réduit, comme on l'a soutenu, à une sorte de mécanisme consistant à écarter ce que les parties voulaient introduire contrairement à la loi et à prêter main forte à celui qui triomphait dans la preuve (3). Les rachimbourgs jouaient un rôle beau-

(1) Voy. notamment loi des Ripuaires, tit. III, tit. LXXX (ou LXXXII).

(2) Voy. ce que dit à cet égard Thonissen, *op. cit.*, p. 312.

(3) Voy. Planck, *Die Lehre vom Beweisurtheil*, p. 3 et suiv. dans la *Zeitschrift für deutsches Recht*, t. X, p. 206 et suiv. — Ce système de Planck a été analysé par Bar, *Das Beweisurtheil des germanischen Processes*, p. 2 et suiv.

coup plus considérable : ils statuaient sur l'existence des faits, prononçaient l'absolution ou la condamnation comme le prouve la formule si souvent reproduite : *culpabilis judicetur*, ils ordonnaient la preuve dans un premier jugement et d'après le résultat de cette preuve, ils rendaient leur sentence définitive (1).

Pendant la période carolingienne, la théorie des preuves conserve en général les caractères qu'elle offrait auparavant : on emploie encore les mêmes moyens; c'est toujours le défendeur qui fait la preuve le premier, car on continue à la considérer comme un avantage et il peut se justifier par le serment et par les ordalies. Mais cependant et bien que l'influence romaine ne se fasse pas encore sentir, sous plusieurs rapports on constate d'importantes modifications (2). Et d'abord par la force même des choses, l'habitude se généralisant de passer les actes les plus importants de la vie civile devant des témoins ou de les faire constater par des écrits notariés, la preuve testimoniale et la preuve littérale deviennent en fait beaucoup plus fréquentes. La procédure d'équité *per inquisitionem* se généralise aussi, les *missi dominici* doivent l'employer (3), et ainsi commence à s'établir une procédure dégagée d'une partie du formalisme ordinaire. Il semble bien que la preuve ne s'échange plus entre les deux plaideurs, mais qu'elle est faite au juge, lequel en prend la direction et l'attribue successivement au défendeur, puis au demandeur (4). Enfin les règles de détail se précisent davantage. Alors que la loi salique contenait de simples indi-

(1) Rozière, form. 472 et 489.

(2) L'influence romaine se fait manifestement sentir dans le droit des Visigoths. On a soutenu que de là elle s'était étendue dans certaines lois germaniques, notamment dans celles des Bavarois et des Alamans où en effet le serment, au lieu d'occuper la première place, est relégué au second rang ou même parfois interdit. Cpr. Loi des Visigoths, II, 1, 22; loi des Bavarois, III, 8, 17; *lex Alamannorum Caroli*, 42. Cpr. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, p. 127, notes 7 et suiv. Mais à notre avis, ces décisions relatives au serment peuvent s'expliquer autrement et par l'influence de l'Eglise.

(3) Voy. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, V, p. 97.

(4) Voy. par exemple plaid de 782, Baluze, II, appendice, n° 16. — Vaissète, I, n° 5.

cations tout à fait accidentelles, les capitulaires exposent parfois la procédure de la preuve et établissent des principes différents suivant la nature du procès. Toutefois sur ce dernier point, bien des solutions restent parfois douteuses et incertaines. Les textes s'expliquent surtout pour les procès nés de torts ou de délits. C'est encore par son propre serment et par celui des cojureurs ou au moyen des ordalies que le défendeur se justifie de l'action dirigée contre lui (1).

Un capitulaire de Louis le Pieux apporta une première exception à cette règle; il voulut qu'à l'avenir le défendeur accusé de meurtre se justifiât d'abord par témoins dans le cas où il invoquait à son profit la légitime défense; c'était seulement à défaut de témoins qu'il pouvait faire sa preuve par son serment et par celui de douze cojureurs (2).

En matière de dettes nées de contrats ou de causes autres que les délits, le défendeur pouvait encore faire sa preuve par son serment. Toutefois le demandeur avait le droit de s'opposer à ce serment et de réclamer pour lui-même le profit de la preuve lorsqu'il offrait de la faire au moyen de témoins judiciaires ou par la présentation d'un écrit notarié (3).

Les procès relatifs à la propriété immobilière ne se présentent pas encore, comme nous l'avons vu, sous la forme directe d'actions en revendication; le demandeur se plaint d'avoir éprouvé un tort; on l'a injustement privé de sa possession et le défendeur doit la restituer. Dans les procès de cette nature, un incident particulier peut se produire: le défendeur déclare qu'il ne sait pas de quel immeuble il s'agit; en pareil cas, les deux plaideurs doivent se mettre d'accord sur l'identité du

(1) Cpr. loi dite des Chamaves, chap. 46. — Loi des Bavarois, III, 8, 2 et 3; 9, 20; 12, 7; 15, 11; 19, 1 et 2; 20, 1; etc.—Capit. de 803, cap. 4 Pertz, *Leges*, I, 117; Boretius, 117.

(2) Capit. de 817, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 210; Boretius, 281. — Cpr. Capit. de Louis II de 855, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 435.

(3) Voy. un jugement de 873 dans Vaissète, I, n° 98 et la *Gallia christiana*, VI, p. 9.

bien; l'instance est pour le moment suspendue, les deux parties fournissent caution de reparaître en justice après qu'on aura nettement déterminé quel est l'immeuble litigieux (1). Parfois aussi les juges procèdent par eux-mêmes à une visite des lieux contentieux, par exemple pour savoir si tel immeuble est ou non compris dans le territoire d'une immunité (2). Le défendeur actionné en restitution d'un immeuble doit prouver son acquisition par témoins ou par écrit. On avait en effet à cette époque l'habitude de faire dresser par écrit les mutations entre-vifs ou de les opérer en présence de témoins (3). Si le défendeur ne peut pas produire sur-le-champ ses témoins ou son écrit, on lui donne un délai pour les présenter, à charge par lui de fournir caution de revenir en justice (4). En outre il est tenu de faire connaître son auteur; autrement il est établi contre lui qu'il a injustement acquis le bien (5). On ne le dispense de cette obligation qu'autant qu'il a acquis l'immeuble en vertu d'une concession du prince (*præceptum*) ou bien s'il invoque en sa faveur un jugement antérieurement rendu qui le reconnaît propriétaire (6).

A la preuve par témoins ou par écrit, administrée par le défendeur, le demandeur peut répondre par des moyens semblables (7). Lorsque ces deux preuves faites de part et

(1) Plaids de 815, 847, 856, 873, 884, dans Muratori, I, 505, 508, 527, 538.

(2) Plaid de 852 dans Vaissète, II, n° 76. — En cas de difficulté sur les limites d'un bien, la preuve se fait par le témoignage des voisins ou par l'ordalie. Cpr. loi des Bavarois, III, 11, 4. — Formule de Goldast, n° 99. — Plaid de 897 dans Vaissète, II, n° 18.

(3) Voy. par exemple loi des Bavarois, III, 15, 15. — Plaid de 865, Muratori, I, p. 496.

(4) Plaid de 838, dans Fantuzzi, *Monumenti Ravenatti*, II, n° 245.

(5) Plaids de 815 et 844, dans Muratori, I, 467 et 538. — Plaid de 862 dans Vaissète, I, n° 88.

(6) Plaid de 852, dans Vaissète, I, 76. Si le défendeur soutient qu'il a obtenu la concession d'un champ à prendre dans des terres communes à défricher, il fait sa preuve par serment ou par les témoins du voisinage. Cpr. loi des Bavarois, III, 16, 1.

(7) Capit. de 817, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 511; Boretius, 282. — Capit. de 819, cap. 12, Pertz, *Leges*, I, 226; Boretius, 293.

d'autre se détruisent, on en vient alors au serment ou au jugement de Dieu (1).

Quant à la preuve admise pour le cas de revendication de meubles, elle n'a subi aucune modification importante. On continue en effet le plus souvent à ne pas dresser écrit de ces ventes ou donations peu importantes; elle ne se font pas davantage devant témoins. De deux choses l'une : ou le défendeur invoque une cause originaire d'acquisition et il doit en faire la preuve, ou bien il nomme son auteur. Celui-ci fait alors sa preuve ; par serment, mais le demandeur peut lui répondre en provoquant l'ordalie. Si le prétendu garant nie qu'il soit auteur, alors on présume que le défendeur a commis un vol et il ne peut se justifier que par l'ordalie. Telle est du moins la décision d'un capitulaire de Charlemagne, relatif à la loi des Ripuaires et elle est bien conforme à celle d'un autre capitulaire du même prince qui défend d'acheter d'un inconnu; celui qui enfreint cette prohibition est manifestement assimilé à un voleur (2).

En matière de succession, la preuve se fait par serment du défendeur, assisté d'un certain nombre de cojureurs; mais le demandeur aurait le droit de déclarer qu'il entend s'en rapporter à l'ordalie (3).

Les procès relatifs à la liberté présentent quelques particularités curieuses. Pour repousser l'action du prétendu maître, le défendeur soutient qu'il est libre par affranchissement ou de naissance. Dans le premier cas, il fait sa preuve en présentant sa charte d'affranchissement; mais ce seul fait ne suffit pas et il faut en outre ou qu'il nomme son ancien maître, ou qu'il fasse venir les témoins de l'acte d'affranchis-

(1) Jugement de 775, dans Bouquet, V, n° 32. — Bethmann-Hollweg indique deux cas dans lesquels en matière immobilière, on donne par exception, au point de vue de la preuve, la préférence au demandeur vis-à-vis du défendeur; mais le premier cas est douteux et le second est propre au droit lombard. Voy. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, V, p. 135.

(2) Loi des Bavarois, III, 15, n°s 11, 12, 15. — Capit. de 803, cap. 8 et 13, Pertz, *Leges*, I, 118.— Capit. de 806, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 146; Boretius, 157.

(3) Loi des Bavarois, III, 17, 2. — Capit. de 801, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 84; Boretius, 268.

sement, ou enfin que l'authenticité de l'acte soit établie par d'autres écrits émanés du même notaire (1).

Le défendeur prétend-il qu'il est ingénu, libre de naissance, il fait sa preuve par son serment que doivent confirmer douze cojureurs pris dans sa famille, six du côté paternel, six du côté maternel (2), D'ailleurs, comme on le voit, dans les deux cas, c'est au défendeur qu'incombe la preuve par application du droit commun. C'est encore le défendeur qui doit prouver lorsqu'il est actionné comme esclave à raison de certains services et qu'il reconnait les devoir non pas en qualité de serf, mais à raison d'une tenure (3). En sens inverse, lorsqu'une personne en état de servitude de fait, revendique sa liberté devant le tribunal du roi, seul compétent pour les questions de ce genre, c'est au prétendu maître, défendeur à l'action, à administrer la preuve (4).

Ces principes généraux établis, nous pourrons maintenant parcourir séparément les différents moyens de preuve consacrés par les *Leges* et par les Capitulaires.

## § 44. — DE L'AVEU ET DU SERMENT.

Lorsque le défendeur avouait, il n'y avait pas à proprement parler lieu à la preuve. C'est ce qui a amené certains auteurs à dire que l'aveu de la partie était déjà à cette époque la meilleure des preuves. Cette formule a le tort de ne pas tenir compte du point de vue auquel on se plaçait. Elle serait vraie si la preuve incombait au demandeur; mais on sait qu'elle devait être faite par le défendeur. Aussi vaut-il mieux dire que s'il y avait aveu, il ne pouvait pas être question de preuve, les deux parties étant d'accord sur les faits. Comme le proclament les textes de ce temps, il n'y avait lieu

(1) Loi dite des Chamaves, chap. 10. — Capit. de 817, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 215; Boretius (cap. 2), 315. — Capit. de 816, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 196; Boretius, 269.

(2) Loi dite des Chamaves, chap. 10.

(3) Plaid de 845, dans Muratori, II, p. 972.

(4) Plaid de 827, dans Muratori, I, p. 481. — Plaid de 861, dans Bouquet, VIII, p. 567.

à preuve que *si negator exstiterit*. La loi encourageait même l'aveu en diminuant la peine au profit de celui qui le faisait.

De nombreuses formules montrent que le simple aveu suffisait pour entraîner la condamnation, au criminel comme au civil. Il était ainsi plus énergique que le serment, car celui-ci ne faisait preuve qu'autant qu'il était confirmé par des cojureurs et il pouvait même être combattu par la partie adverse. Cette différence s'explique facilement : l'aveu amenait l'accord entre les parties, tandis que le serment impliquait contestation formelle du droit du demandeur.

D'ailleurs, pour obtenir l'aveu de la partie, il n'était pas permis d'employer la torture, même en matière criminelle. La loi salique ne l'autorise qu'à l'égard des esclaves. Elle établit deux sortes de tortures, la question ordinaire qui consistait à être flagellé et les *supplicia majora*, dont nous ne connaissons pas la description ; mais ils devaient être terribles, car la loi salique n'autorise à les employer contre un esclave qu'autant que le demandeur s'engage à acheter cet esclave pour le cas où la torture le rendrait impropre à son service ordinaire (1). De nombreux textes de Grégoire de Tours nous montrent la torture administrée à des hommes libres, même à des clercs et à de grands dignitaires (2). On ne peut voir dans ces supplices que des actes arbitraires des Mérovingiens. Seule la loi des Visigoths, probablement sous l'influence du droit romain, autorise la torture contre les hommes libres, même contre les personnes les plus illustres (3).

La preuve par serment de la partie et par cojureurs avait été à l'origine la plus ordinaire et de droit commun ; elle conserva ce caractère dans la plupart des lois d'origine germanique. Elle apparaît avec ce même caractère dans la

(1) Loi salique, tit. XL (Pardessus, p. 21) et *Lex emendata*, tit. XLII (Pardessus, p. 303).

(2) Grégoire de Tours, liv. III, § 35 ; liv. V, § 50 ; liv. VI, § 35 ; liv. VII, § 32 ; liv. VIII, § 11 ; liv. X, § 19 et 21.

(3) Loi des Visigoths, VI, 1.

chronique de Grégoire de Tours. Cet évêque se purge lui-même par le serment de l'accusation d'avoir médit de la reine et malgré les prohibitions de l'Église relatives au serment (1).

Toutefois, quelques lois barbares permettent au demandeur d'écarter l'offre de la preuve par serment et par cojureurs, en soutenant qu'il y aurait parjure et en appelant au jugement de Dieu (2). D'autres n'autorisent le demandeur à supprimer ainsi la preuve par cojureurs que dans les cas les plus graves, par exemple s'il s'agit d'un *crimen mortale* (3). Une fois le serment prêté par la partie et par les cojureurs, le demandeur peut toujours en établir la fausseté, mais à la condition de recourir au jugement de Dieu (4).

Lorsque le défendeur ne fait pas sa preuve par serment ni par cojureurs, alors il doit l'administrer au moyen du jugement de Dieu. Tel est le cas où le défendeur est un esclave ou un homme libre mis hors la loi, car la preuve par serment n'existe qu'au profit de l'homme libre jouissant de ses droits (5). Cet homme libre en est lui-même réduit à recourir aux épreuves s'il ne trouve pas le nombre de cojureurs exigé par la loi (6).

Si l'on est généralement d'accord pour admettre que la preuve par cojureurs est de droit commun dans la plupart des législations germaniques, ce point soulève cependant quelques difficultés en ce qui concerne la loi salique. Beaucoup d'auteurs pensent que la preuve par cojureurs est aussi

(1) Voy. Grégoire de Tours, liv. V, § 33 et 50; liv. VII, § 23; liv. IX, § 32.

(2) Loi des Burgondes, tit. VIII, § 2 et tit. XLV. — Lois de Rotharis, chap. 9. — Lois de Luitprand, chap. 121. — Capit. à la loi lombarde de 779, cap. 11, Pertz, *Leges*, I, 37 ; Boretius, 49. — Capit. de 804, Pertz, *Leges*, I, 129 ; Boretius, 180. — Voyez aussi pour la Saxe le capitulaire de 811, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 170; Boretius, chap. 6, 217.

(3) Loi des Alamans, tit. XL, § 5. — Loi dite des Francs Chamaves, chap. 46.

(4) Loi des Ripuaires, tit. LXVII, § 5. — Loi des Frisons, tit. XI, § 3 et tit. XIV, § 3 et 5. — Capit. de 779, cap. 11, dans Pertz, *Leges*, I, 37 ; Boretius, 49. — Capit. de 813, cap. 12, Pertz, *Leges*, I, 193.

(5) Toutefois s'il s'agit d'un esclave, son maître peut offrir de jurer à sa place. Loi des Ripuaires, tit. XXX, § 1.

(6) Loi des Ripuaires, tit. XXXI, § 1 et 5.

un moyen ordinaire d'établir son droit dans la loi salique. Nous croyons cependant qu'il en était autrement : la preuve par cojureurs se présentait avec un caractère exceptionnel dans l'ancien texte de la loi salique et sous ce rapport cette loi offrait une particularité très remarquable. Mais il faut bien reconnaître qu'ensuite et précisément sous l'influence des autres lois germaniques, le droit des Francs s'est modifié et a fait des cojureurs un moyen de preuve de droit commun. Ainsi en matière civile le titre XVI des *Capita extravagantia* semble ne permettre l'emploi des cojureurs que dans trois cas : *de re in hoste predita; de dote; de homine qui in servitium revocatur.* Mais ces dispositions n'ont pas passé dans la *lex emendata*, ce qui prouve bien qu'à cette époque la preuve par cojureurs était de droit commun. Les § 2 et 3 du titre XIV de la loi salique (texte de Wolfenbüttel) ne permettent de prendre la preuve par cojureurs que *si certa probatio non fuerit* et les mêmes termes se retrouvent dans le titre XXXIX, § 5 et dans le titre XLII, § 5. Mais, chose remarquable, ils ont disparu dans la *lex emendata*. M. Pardessus explique ce changement en disant qu'on les a supprimés à cause de leur inutilité (1) : il était de telle évidence que les cojureurs devaient être admis seulement à défaut d'autre preuve, qu'il n'était plus nécessaire de le dire. Cette explication ne nous satisfait pas. Comme dans les autres lois barbares, la preuve par cojureurs était devenue de droit commun et pouvait être directement administrée, il aurait été au contraire nécessaire de s'expliquer pour montrer que dans la loi salique il en était autrement. Aussi d'après nous, la suppression des mots *si probatio certa non fuerit*, résulte de ce fait qu'à l'époque de Charlemagne on voulait adopter dans le droit salien la règle consacrée par les autres lois barbares. Or on est frappé de ce que, dans ces autres lois barbares, notamment dans celles des Ripuaires, des Alamans, des Bavarois, il est parlé à chaque instant et pour les affaires les plus diverses, de la

(1) *Loi salique*, 11e dissert., p. 626.

preuve par cojureurs (1); dans aucun passage de ces lois il n'est dit que cette preuve soit subsidiaire. Grégoire de Tours qui écrivait sous l'empire de la loi franque, nous présente bien aussi, à propos d'Injuriosus accusé de meurtre par les parents du mort, la preuve par cojureurs comme exceptionnelle et admise seulement à défaut d'une autre (2). Mais au IXe siècle, dans son célèbre écrit contre la loi gombette, Agobard parle de la preuve par cojureurs comme d'un procédé qui était de droit commun; elle était autorisée même quand le crime est manifeste et il nous montre combien dans ce cas son application était fâcheuse: « N'est-il pas inouï et absurde au dernier degré qu'un homme qui, en présence d'une foule ou même dans un marché public, commet un crime, ne puisse être convaincu par témoins et qu'il lui soit permis de se parjurer comme s'il n'existait personne en état de faire constater la vérité (3)? »

En résumé donc, la preuve par cojureurs, limitée à certains cas, soit au civil, soit au criminel, dans l'ancienne loi salique, est ensuite devenue de droit commun chez les Francs comme chez les autres peuples et le défendeur a pu se purger de cette manière, même lorsqu'il existait contre lui des preuves manifestes.

On a beaucoup discuté sur l'origine des cojureurs. A notre avis, cette preuve par le serment des cojureurs reposait sur la même base que le droit pour chaque homme libre d'obtenir justice par la guerre privée et de se faire assister dans cette guerre par les membres de sa famille et ceux de sa communauté (4). De même que le défendeur aurait été secondé par ses parents et ses associés s'il s'était engagé

(1) Voy. par exemple loi des Ripuaires, tit. II, III, IV, V, 16; VII, VII, VIII, IX, X, 1; XI, 3; XII à XVII; XVIII, 2, 4, 5; XIX, XX, XXVIII, XXXII; XXXIII, 5; LVI, 2 et 3; LX, 10; LX, 2; LXVIII, LXIX, 5; LXX, 3, 4, 5; LXII, 34, 7; LXIV, LXXV, 3; LXXVIII, LXXIX, 1, 3; LXXX, LXXXII, LXXXIV, LXXXV, 2. — Loi des Alamans, tit. VI. — Loi des Bavarois, tit. XVI.

(2) Grégoire de Tours, liv. VII, § 23.

(3) *Liber adversus legem gundobadam*, p. 115; Paris, 1666.

(4) J'ai développé cette idée dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, § 25.

une guerre privée, de même ceux-ci devaient le soutenir de leur serment et attester devant Dieu qu'il disait la vérité. En effet, le serment de la partie, en général du défendeur, ne suffisait pas, comme nous l'avons vu, pour faire preuve ; il fallait qu'il fût confirmé par celui d'un certain nombre de personnes, parents, amis ou voisins et qu'on appelait précisément pour ce motif *cojuratores* (1). Aussi ces personnes ne jouaient-elles pas le rôle de témoins : elles n'affirmaient pas l'existence de certains faits d'après leur connaissance personnelle ; elles se bornaient à confirmer, à fortifier le serment du plaideur, en déclarant qu'il était digne de foi et qu'elles étaient convaincues de la sincérité de ses déclarations. Aussi semble-t-il bien que les cojureurs et surtout les cojureurs *electi* dont nous parlerons bientôt, aient eu le droit de refuser le serment sans encourir les peines prononcées contre les témoins qui ne voulaient pas déposer.

Les cojureurs étaient des hommes libres pris parmi les parents, les amis et les voisins de la partie (2) ; ils devaient toujours être de même rang et de même qualité que le plaideur. Non seulement les parents et les voisins n'étaient pas exclus, mais parfois même ils étaient seuls admis, par exemple les parents dans les questions de liberté, les voisins dans celles de propriété communale (3).

Les cojureurs étaient appelés par la partie qui avait besoin de leur assistance, aussi portaient-ils parfois le nom significatif d'*advocati*.

Mais certains cojureurs sont qualifiés d'une manière tout-à-fait spéciale ; ils sont, dit-on, *electi* (4). Aucun texte ne donnant l'explication de ce terme, on est réduit à des conjectures et les solutions les plus diverses ont été proposées. On a dit

(1) Loi des Bavarois, tit. VIII, § 15. — Loi des Burgondes, tit. VIII, § 1. — Lois de Rotharis, chap. 360 et 362.

(2) Voy. cependant loi des Frisons, tit. XI, § 2.

(3) Voy. dans les textes suivants des parents qui sont *conjuratores* : loi des Burgondes, tit. VIII ; loi salique, tit, LXIIII, 5e texte de Pardessus.

(4) Pacte entre Clotaire et Childebert, chap. 2 et 8. — Loi des Alamans, tit. XXX et LXXVI.

qu'il s'agissait de cojureurs amenés par le demandeur et parmi lesquels le défendeur choisissait (1). Pardessus pense que ce terme fait allusion à des cojureurs, propriétaires d'alleux, lorsque le défendeur était de condition inférieure ; les cojureurs de son rang ne suffisaient pas et alors on en choisissait quelques-uns d'un rang plus élevé. On a dit aussi que les textes ont voulu parler de cojureurs choisis par les rachimbourgs. Ce qui est certain, c'est que ces cojureurs *electi* offraient des garanties spéciales. Aussi les textes en exigent-ils un nombre moins élevé que s'il s'agissait de cojureurs ordinaires. Parfois il est dit que les cojureurs sont *medii electi*, c'est-à-dire et bien certainement choisis par moitié. Il est permis de conclure de là que dans les autres cas on parle de cojureurs offerts par une partie et choisis par l'autre. Mais l'offre était-elle faite par le demandeur et le choix par le défendeur ou *vice versa?* Dans le silence des textes il est impossible de répondre à cette question avec certitude.

On s'est aussi demandé si le droit de récusation était admis contre les cojureurs et les textes étant encore muets, il n'est pas possible de donner une solution certaine. Ce qui parait établi, c'est que toute partie pouvait combattre les cojureurs de l'adversaire en faisant venir de son côté un nombre égal ou même supérieur de cojureurs (2).

Ce nombre des cojureurs exigé par la loi variait suivant une foule de circonstances, la juridiction des plaideurs ou la qualité du défunt s'il s'agissait d'un meurtre, la nature ou la valeur de l'affaire. Les lois barbares présentent elles-mêmes de nombreuses variétés sur ce point (3). Il semble que chez les Francs saliens le nombre ordinaire des cojureurs était de douze (4). Dans la loi des Ripuaires, ce nombre variait de six à

(1) *Loi salique*, 11e dissertation.

(2) Traité entre Childebert et Clotaire II, capit. 2 et 8, Pertz, *Leges*, III; Boretius, 4 et 5. — Loi des Alamans, tit. XXX et LXXVI.

(3) Voy. à cet égard ce que j'ai dit dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, § 25 et 28.

(4) Voy. le fragment mérovingien reproduit par Merkel, *Extravagantes*, p. 100. — Rozière, form. 479, 480, 490, 491. — Loi dite des Francs Chamaves, chap. 10.

soixante-douze. Mais dans les circonstances exceptionnelles, le nombre des cojureurs pouvait parfois dépasser plusieurs centaines, comme nous le prouve un exemple rapporté par Grégoire de Tours: un grand nombre de seigneurs pris parmi les hauts dignitaires du royaume confirmèrent le serment de Frédégonde que Clotaire était bien le fils de Chilpéric (1). Dans la législation des capitulaires carolingiens, le nombre des cojureurs est presque toujours fixé à six ou à douze (2).

Chez les païens, le serment était en général prêté dans l'assemblée judiciaire. On jurait en tenant ses armes dans la main droite (3). Après l'adoption du christianisme, la prestation de serment eut ordinairement lieu dans une église ou tout au moins devant un autel. Le serment était prononcé sur des reliques ou sur des choses sacrées (4). Toutefois dans les procès de liberté, le serment était prêté suivant l'ancien usage germanique au *mallus* et non pas à l'église (5).

Plusieurs formules nous font connaître les termes du serment et la procédure qui devait être suivie par la partie et par les cojureurs (6). Mais ce sont surtout les capitulaires qui se sont attachés à régler le serment. Ce fait prouve une fois de plus que ce moyen de preuve était de droit commun sous les Carolingiens. Ainsi les capitulaires n'autorisent à prêter serment que les personnes de condition libre; les autres plaideurs étant exclus du serment, ne peuvent faire

(1) Grégoire de Tours, liv. VII, § 9 : « La reine Frédégonde, instruite de ces paroles, assembla les principaux de son royaume, savoir trois évêques et trois cents des meilleurs hommes, qui firent serment que cet enfant était né du roi Chilpéric, en sorte que les soupçons du roi furent dissipés. »

(2) Capit. de 803, cap. 4 et 12. Pertz, *Leges*, I, 117; Boretius (chap. 4), 117. — Capit. de 817, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 210; Boretius, 281. — Cpr. Lindenbrog, form. 169.

(3) Loi des Ripuaires, tit. LXVIII. — Pardessus, *Capita extravagantia*, XVI *bis*, p. 335.

(4) Loi des Frisons, tit. XII, § 1. — Capit. sur la loi des Ripuaires de 803, cap. 72, Pertz, *Leges*, I, 118.

(5) Capit. de 809, cap. 14, Pertz, *Leges*, I, 156; Boretius, 150. — Capit. de 817, cap. 14, Pertz, *Leges*, I, 212 ; Boretius, 28.

(6) Rozière, form. 184, p. 586; form. 491, p. 592. Voy. aussi form. 492 et suiv.

leur preuve que par le jugement de Dieu (1). Ceux qui ont été mis hors la loi n'ont pas non plus le droit de prêter serment (2). Il faut en dire autant des enfants, disposition qui s'était introduite sous l'influence de l'Eglise (3).

Sous les Carolingiens, la formule ordinaire du serment porte : *Sicut illum Deus adjuret et sancti quorum iste reliquæ sunt ut veritatem dicam* (4). Pour les Juifs, les capitulaires établirent une formule spéciale (5). Quant aux clercs, on les dispensait du serment; une déclaration solennelle suffisait (6).

La procédure du serment consistait d'abord dans un jugement rendu par les échevins, constatant que le défendeur devait jurer assisté d'un certain nombre de cojureurs (7). Ce défendeur, à charge de faire une promesse solennelle (*adrhamire*) et de fournir des fidéjusseurs, obtenait un délai, le plus souvent celui de quarante nuits, pour préparer son serment et faire venir ses cojureurs (8). Le défendeur devait prêter serment en personne ou par l'intermédiaire de son représentant légal, sous peine de perdre son procès (9). Quant aux cojureurs, ils pouvaient être contraints, même par force, de se présenter devant la Cour du roi (10) ; mais on ignore si la violence était encore permise contre eux pour les contraindre à comparaître devant une autre juridiction.

(1) Capit. de 817, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 210 ; Boretius, 281.

(2) Capit. de 809, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 155; Boretius, 148.

(3) Capit. de 789, cap. 63, Pertz, *Leges*, I, 63 : « *Et ut parvuli qui sine rationabili ætate sunt non coguntur jurare, sicut Guntbadingi faciunt.* » Cpr. Capit. de 791, cap. 45, Pertz, *Leges*, I, 74.

(4) Capit. de 803, cap. 72, Pertz, *Leges*, I, 118; Boretius, 117 et suiv. — Cpr. *Lex Alamannorum Caroli*, VI, 4.

(5) *Capitula de judeis* de Charlemagne, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 194 ; Boretius, 258.

(6) Capit. de 801, cap. 19, Pertz, *Leges*, I, 87 ; Boretius, 106.

(7) Capit. de 809, cap. I, Pertz, *Leges*, I, 155; Boretius, 148.

(8) Capit. de 785, cap. 32, Pertz, *Leges*, I, 50. — Capit. de 809, cap. 14, Pertz, *Leges*, I, 156 ; Boretius, 149. — Capit. de 817, cap. 14 et 15, Pertz, *Leges*, I, 216 ; Boretius, 289 et 290. — Plaid de 868 dans Pérard, *op. cit.*, p. 148. — Cpr. Marculfe, form. I, 38, Zeumer, p. 67. — Lindenbrog, form. 168 et 169.

(9) Capit. de 883, cap. 12, Pertz, *Leges*, I, 553.

(10) Capit. de 809, cap. 14, Pertz, *Leges*, I, 156; Boretius, 149.

Lorsque le défendeur avait prêté serment avec ses cojureurs, le demandeur avait le droit d'attaquer ce serment de l'adversaire comme entaché de faux; mais il ne pouvait faire sa preuve qu'au moyen du jugement de Dieu. S'il parvenait à triompher, le défendeur était condamné, à titre de peine de son faux serment, à perdre la main droite et il était déclaré pour l'avenir incapable de prêter serment (1). Quant à ses cojureurs, ils étaient punis d'une amende à raison du tort qu'ils avaient eu de l'assister. Cette peine était sans doute moins grave, mais elle suffit pour prouver que les cojureurs n'étaient pas appelés à rendre un simple service de complaisance; ils étaient sérieusement garants de la véracité de la partie et si le plaideur était convaincu de faux serment, leur responsabilité se traduisait par une amende (2).

## § 45. — PREUVE PAR TÉMOINS DANS LA PROCÉDURE ORDINAIRE ET DANS LA PROCÉDURE *per inquisitionem*.

Le rôle du témoin était bien différent de celui du cojureur. Celui-ci attestait la sincérité du serment de la partie; il n'était donc pas nécessaire qu'il eût une connaissance personnelle des faits; son serment venait seulement compléter celui du plaideur. S'agissait-il de témoins, ils prètaient sans doute serment, mais ce n'était pas pour confirmer ce qu'avait dit la partie; celle-ci de son côté n'avait même prêté aucun serment. Les témoins déposaient sur des faits parvenus à leur connaissance personnelle (3) et on avait soin, comme nous l'avons vu, de passer les actes les plus importants de la vie civile devant un certain nombre de témoins, surtout s'il n'avait pas été rédigé d'écrit; mais même malgré la rédac-

(1) Capit. de 779, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 36; Boretius, 49. — Capit. de 789, cap. 63, Pertz, *Leges*, I, 63; Boretius, p. 49.

(2) Loi salique, tit. XLVIII, § 2. — *Lex emendata*, tit. L, § 3 et 4. — Loi des Burgondes, tit. LXXX, § 2 et tit. XC. — Loi des Frisons, tit. X, tit. XIV, § 3. — Nous avons donné d'autres détails sur les cojureurs d'après les lois anglo-saxonnes et normandes dans les tomes I et II de notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre;* nous nous bornons à y renvoyer.

(3) Loi des Bavarois, tit. XV, chap. 2, § 1; tit. XVI, chap. 2.

tion d'un écrit, on avait la précaution de prendre des témoins, car la loi n'attachait pas aux écrits la force probante comme aux témoignages. Un texte curieux de la loi des Ripuaires nous apprend même que dans certains cas, par exemple pour la vente d'un lot de terre ou de vigne, on avait la précaution de prendre de jeunes enfants comme témoins et de leur administrer une correction pour mieux fixer leur souvenir; de cette manière la preuve par témoins était assurée pour un temps assez long (1).

Ce qui précède suffit pour établir que la preuve testimoniale était de droit commun dans les lois barbares. On a prétendu qu'à une certaine époque elle avait offert un caractère exceptionnel; mais il serait à notre avis difficile de préciser cette époque. Suivant certains auteurs, la plupart des lois barbares n'autoriseraient la preuve testimoniale que dans quelques cas très rares, notamment pour attester un fait permanent, connu de toute une communauté, tel que la possession d'un immeuble ou la propriété d'un troupeau. Elle serait encore permise toutes les fois où la loi prescrivait pour certains actes de la vie civile la présence de témoins; tout naturellement dans ces mêmes cas, ces témoins pourraient venir ensuite déposer en justice. Mais sauf ces exceptions, la preuve testimoniale aurait été en principe exclue des lois germaniques (2). Ce qui nous paraît certain, c'est que dans la loi salique il en est autrement. La

(1) Loi des Ripuaires, tit. LX, § : « *Si quis villam aut vineam vel quamlibet possessumculam ab alio comparavit, et testamentum accipere non potuerit, si mediocris res est, cum sex testibus, et si parva, cum tribus, quod si magna cum duodecim, ad locum traditionis cum totidem numero pueris accedat, et sic eis præsentibus pretium tradat et possessionem accipiat, et unicumque de parvulis alapas donet, ei torqueat auriculas, ut ei in postmodum testimonium præbeant. Si autem testes non potuerit congregare, ut ei testimonium præbeant tunc rem suam cum sex sive cum septem cum sacramanti interpositione sibi studeat evindicare.* »

(2) En ce sens Rogge, *Das Gerichtswesen der Germanen*, p. 96 et suiv. — Siegel, *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens*, p. 194 et suiv. — Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 856 et suiv. Rogge fait une exception pour les faits délictueux qui troublent la paix de la commune, par exemple, la dévastation d'une récolte.

preuve par témoins y apparait avec le caractère de droit commun, et non à titre exceptionnel. Aucun texte ne fait la moindre allusion à des restrictions qui auraient existé. Plusieurs supposent qu'il s'agit de prouver par témoins des faits qui ne sont ni permanents, ni nécessairement connus des voisins (1). Un grand nombre de dispositions nous montrent au contraire que la preuve par témoins était très usitée. On s'en servait pour établir la régularité d'un ajournement, pour constater l'existence d'un jugement, pour attester le transfert d'un immeuble, pour justifier la possession d'un meuble, etc., etc (2). Nous avons vu que la loi salique attribuait au contraire un caractère exceptionnel à la preuve par cojureurs; aussi avait-elle soin de dire que cette preuve serait admise seulement *si certa probatio non fuerit*. Mais nous ne trouvons aucune mention semblable lorsqu'il s'agit de la preuve par témoins. Celle-ci était donc bien en principe toujours admise et c'était à son défaut seulement que la loi salique autorisait l'appel des cojureurs. Dans la suite, on admit aussi les cojureurs dans toutes les affaires, comme nous l'avons vu plus haut, et dès lors le défendeur eut le choix de faire sa preuve à volonté par témoins ou par cojureurs. Tel est encore le droit des Capitulaires; mais à l'époque des Carolingiens, on peut cependant dégager des textes une préférence marquée au profit de la preuve testimoniale. On ne saurait soutenir à cette époque que cette preuve est encore exceptionnelle, car les Capitulaires ont au contraire le soin de l'admettre dans toutes les espèces de causes (3).

La loi salique ne nous fait pas connaître quelles personnes étaient capables d'être témoins. Un seul texte nous apprend que le témoignage d'un esclave n'était pas admis à l'égard d'un homme libre (4). D'autres lois barbares renferment des

(1) Loi salique, tit. II, § 13; tit. IX, § 8; tit. XXXII, § 2.

(2) Voy. Loi salique, tit. I, § 2; tit. II, § 13; tit. IX, § 8; tit. XXXIII, § 2; tit. XXXIX; tit. XLVI; tit. XLVII; tit. XLIX; tit. LII; tit. LVI.

(3) Le capit. de 801, cap. 9, Boretius (chap. 1), 266, entre dans de très grands détails sur la preuve par témoins. Voy. encore le capit. de 816, cap. 1 et le Capit. de 817, cap. 10, Boretius, 269, 315.

(4) Tit. XL, § 2.

indications plus complètes. Ainsi d'après la loi des Bavarois, le témoin doit posséder une fortune suffisante pour répondre des conséquences de son faux témoignage (1); de plus cette loi veut que le témoin appartienne au pays de celui qui le produit en justice et la même disposition se retrouve dans la loi des Saxons (2). D'après la loi des Alamans, les témoins doivent être *boni testimonii in plebe;* sont incapables ceux qui ont été condamnés comme faux témoins, les homicides, les voleurs, les sacrilèges (3). Les capitulaires de l'époque carolingienne contiennent des dispositions plus complètes et écartent notamment comme témoins les affranchis et leurs descendants jusqu'à la troisième génération, mais seulement vis-à-vis des ingénus (4). A plus forte raison déclarent-ils incapables d'être témoins, les esclaves et les serfs (5). Ceux qui ont été mis hors la loi (6), les enfants qui n'ont pas encore atteint l'âge de raison, les personnes qui ne jouissent pas d'une bonne réputation, ne peuvent pas non plus être témoins. (7). Un capitulaire de 829 défend de prendre comme témoins des bénéficiaires qui ne possèdent rien en propre (8).

Il semble bien résulter de ce qui précède que non seulement les ingénus mais même les hommes de demi-liberté, comme les lites pouvaient être témoins; aucun texte ne consacre leur incapacité; on ne voit même pas que les lites aient été, comme les affranchis, incapables de déposer contre les ingénus. Toutefois, pour certaines affaires, les témoins devaient, d'après l'usage ou d'après la loi, être pris dans une

(1) Tit. XVI, § 1 et 2.

(2) Tit. V, § 3.

(3) Tit. XLII.

(4) Capit. de Pépin de 744, dans Walter, *Corpus juris germanici*, II, p. 26. Ce capitulaire n'a pas été reproduit dans le recueil de Pertz parce que son authenticité a été sérieusement contestée. Il est tout au moins certain, comme nous l'avons vu, que les témoignages des esclaves n'étaient pas admis vis-à-vis des ingénus. — Loi salique, tit. XL, § 2.

(5) Capit. de 855, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 436.

(6) Capit. de 809, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 155; Boretius, 148.

(7) Capit. de 789, cap. 65, Pertz, *Leges*, I, 63; Boretius, 58. — Capit. de 802, cap. 12; de 805, cap. 2; de 809, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, p. 104, 136, 156; Boretius, 210, 148.

(8) Capit. de 829, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, p. 354.

catégorie très restreinte de personnes. Ainsi le procès portait-il sur l'ingénuité du défendeur, celui-ci ne pouvait appeler comme témoins que ses parents paternels ou maternels et à leur défaut, les membres de la tribu ou de la race à laquelle il prétendait appartenir (1). D'après la loi des Bavarois, le témoin entendu sur une question de propriété devait être habitant du lieu où était situé le bien, posséder une fortune de six sous et un champ de même valeur (2). D'autres lois voulaient que les témoins fussent de la nationalité des plaideurs, mais cette condition n'était certainement pas exigée par le droit franc à l'époque des Carolingiens (3).

La loi salique ne nous dit pas si un seul témoin suffisait pour faire preuve ou s'il en fallait plusieurs; mais il semble bien qu'elle préférait cette seconde solution consacrée plus tard aussi par les autres lois barbares. Chez les Bavarois et les Saxons il fallait deux ou trois témoins pour que la preuve fût acquise et la loi avait même soin d'ajouter qu'un plus grand nombre était désirable (4). La loi des Francs Ripuaires exigeait pour la preuve de la tradition d'un immeuble trois, sept ou douze témoins selon l'importance de cet immeuble (5). Un décret de Childebert porté vers 550 imposait dix témoins en matière de revendication de meubles (6). Ce nombre fut descendu à trois par un *placitum* de Clovis III de 692 pour la preuve d'un engagement pécuniaire. D'ailleurs ces règles ont assez souvent varié d'après les décisions des princes. Ainsi pour la revendication d'un bien, un diplôme de Thierry III (680), exige six témoins; un *placitum* de Childebert III (710) en veut douze et un capitulaire de 749 se contente de cinq ou sept témoins (7). Peut-être s'agit-il dans ces derniers textes, de cojureurs, comme le conjecture Pardes-

(1) Lindenbrog, form. 159.
(2) Loi des Bavarois, tit. XVI, § 2.
(3) Capit. de 817, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 211 ; Boretius, 282.
(4) Loi des Bavarois, tit. XVI, § 2. — Loi des Saxons, tit. XXXIX.
(5) Loi des Ripuaires, tit. LXII.
(6) Pertz, *Leges*, II, 6.
(7) Pardessus, *Diplomata*, II, p. 185, 223, 286.

sus. Il est certain qu'à cette époque, on ne distingue pas toujours très nettement les témoins des cojureurs. Les lois et les usages admettent indistinctement ces deux moyens de preuve, ce qui prouve encore une fois, contrairement à une certaine doctrine, que la preuve par témoins était de droit commun et non pas exceptionnelle. Ce qui est certain, c'est que dans tous les cas où la loi salique exige des témoins pour un acte de la vie civile, elle en veut plusieurs, ordinairement trois (1). Un ancien fragment, probablement du IXe siècle, placé par Merkel parmi ses *Extravagantes*, porte : *Testes autem septem contra Francum sint* (2).

Pardessus croit que les Barbares connaissaient le système de la récusation des témoins. Mais cette conjecture ne peut se fonder sur aucun texte. Ce que nous voyons dans certaines lois barbares, c'est que l'adversaire a le droit de s'opposer à la déposition d'un témoin en le provoquant au combat judiciaire; de ce duel dépendra alors aussi l'issue du procès (3). Le même procédé est consacré par de très anciens coutumiers français, notamment les Assises de Jérusalem, les Constitutions du Châtelet de Paris, l'ancienne coutume d'Amiens. Mais il est bien téméraire d'en conclure, comme l'a fait Brunner, que les choses se passaient déjà ainsi plusieurs siècles auparavant sous l'empire de la loi salique. Le chapitre 5 du 2e capitulaire de 809, contenant des additions à la loi salique, nous apprend seulement que si un homme donne la mort au témoin de son adversaire, il perd par cela même le procès; mais il s'agit bien manifestement dans ce cas d'un crime de meurtre commis en dehors de tout combat judiciaire.

Lorsque les témoins consentent à venir spontanément devant le tribunal, la partie n'est obligée de remplir aucune formalité préalable et il est bien évident qu'aucune personne ne peut venir comme témoin si elle n'est pas demandée à ce titre par l'un ou l'autre des plaideurs, lors même qu'elle

(1) Voy. par exemple tit. XXXIX, XVIV, LVI.
(2) Merkel, *Lex salica*, tit. C, n° 5.
(3) Voy. *lex gundobada*, t. XLV. — Loi des Saxons, tit. XVI, § 1.

aurait une connaissance très précise de l'affaire. C'est là une règle de bon sens, vraie aujourd'hui comme autrefois et que le législateur se dispense presque toujours de poser, tant elle est d'évidence (1). Si le témoin refuse de venir spontanément, la partie doit l'assigner, *mannire*, en présence de trois autres témoins; ceux-ci viennent ensuite déposer en justice que le témoin a été régulièrement appelé. Ce témoin se dispense-t-il de venir, sans invoquer aucune excuse légitime, il encourt une amende de quinze sous. La même peine frappe celui qui, après avoir comparu, refuse de déposer sur les faits dont il a connaissance (2). C'est encore une amende de quinze sous qui est prononcée contre le faux témoin (3), et enfin cette peine atteint celui qui à tort a porté une accusation de faux témoignage (4).

Les témoins prêtent serment de dire la vérité; ils déposent en public, devant les rachimbourgs et une indemnité leur est due par celui qui les a appelés (5).

Il est certain que cette preuve testimoniale était entourée de formalisme. Brunner l'a montré, mais il a été, à notre avis, trop loin dans cette voie. Ainsi d'après cet auteur, les témoins ne pouvaient qu'accepter les faits, tels qu'ils étaient présentés par la partie ou les repousser. Leur rôle se bornait à une prestation de serment : dans le premier cas, ils juraient la vérité des faits allégués; dans le second cas, ils refusaient de jurer (6); en outre le serment des témoins devait être complété par celui de la partie. On voit en effet des textes où le plaideur jure avec les témoins et ce fait ne saurait étonner

(1) Voy. Beaumanoir, chap. XXXIX, n° 57. — Voy. aussi les explications de Brunner, *Die Entstehung der Schwurgeriche*, p. 50; elles ont le tort d'être beaucoup trop savantes.

(2) Voy. sur tous ces points, loi salique, tit. XLIV (Pardessus, p. 27).

(3) Loi salique, tit. XLVIII, § 2, (Pardessus, p. 27).

(4) Loi salique, tit. XXX § 7 (Pardessus, p. 17).

(5) Voy. Loi salique, tit. XLVI, XLIX, LVI.

(6) Voy. Brunner, *La parole et la forme dans l'ancienne procédure civile française*, traduction française dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouvelle série, t. I, et du même, *Entstehung der Zchwurgerichte*, p. 50 et 57.

pour l'époque où le serment jouait un si grand rôle. Mais est-il permis d'en conclure qu'à défaut du serment de la partie les témoins n'auraient pas valablement déposé? Dans tous les cas la loi salique montre bien que le rôle des témoins ne se bornait pas à prêter serment sur les faits tels que les présente le plaideur ou à refuser ce serment. Le titre XLIX de cette loi nous dit que les témoins déclareront ce qu'ils savent : *jurati dicere ea quæ noverint*, et on lit de même dans le titre L de la loi des Ripuaires : *sic donent testimonium..... ut quod sciant jurati dicant.*

Sous les Carolingiens, plusieurs dispositions importantes ont été prises pour régulariser ou modifier la preuve testimoniale. C'est maintenant le juge qui prend l'initiative de la preuve; il demande au défendeur s'il veut faire déposer des témoins. Le défendeur ayant déclaré, à la demande du juge, qu'il entend faire sa preuve par témoins, les échevins rendent une sentence interlocutoire qui admet cette preuve, fixe un délai pour l'audition des témoins; le défendeur fournit caution de se représenter au terme indiqué. Il ne parait pas d'ailleurs que sur ce dernier point la législation carolingienne ait innové. Les témoins continuent aussi, comme par le passé, à être choisis par les parties; le défendeur appelle les siens et le demandeur en fait autant de son côté pour le cas où il a pris l'engagement d'administrer la preuve contraire; les Capitulaires recommandent seulement aux comtes de ne prendre aucune mesure qui aurait pour effet de priver un plaideur de tout ou partie de ses témoins; ils leur prescrivent même d'employer la force pour contraindre les témoins à venir en justice (1).

(1) Capit. de 789, cap. 12, Pertz, *Leges*, I, 71; Boretius, 199. — Capit. de 802, cap. 12, Pertz, *Leges*, I, 104; Boretius, 210. — Capit. de 805, cap. 11, Pertz, *Leges*, I, 133; Boretius, 124. — Capit. de 817, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 211; Boretius, 282. — Capit. de 817, cap. 14, Pertz, *Leges*, I, 217; Boretius, 284. — On enseignait autrefois assez volontiers en Allemagne que des capitulaires de Charlemagne et de Louis le Pieux auraient donné aux *missi dominici* le pouvoir de dresser pour chaque contrée la liste des personnes qui, à raison de leur notabilité, pourraient déposer en justice en qualité de témoins; il aurait été en conséquence interdit aux plaideurs d'en appeler d'autres, sauf

Au jour fixé pour l'enquête, les deux plaideurs étant présents, la partie, le plus souvent le défendeur, présente ses témoins à son adversaire afin que celui-ci déclare s'il les repousse pour cause d'incapacité (1). L'enquête se fait maintenant par le juge et non plus par les deux plaideurs (2). Le magistrat interroge chaque témoin appelé par la partie, l'un après l'autre et séparément, pour éviter les fraudes; les réponses sont recueillies sur un procès-verbal (3) et ensuite seulement le témoin est mis en demeure de confirmer par son serment la sincérité de ce qu'il a dit (4). Il prête alors ce serment dans une église (5). Le droit lombard oblige même celui qui a produit le témoin à confirmer cette déposition par son propre serment (6), mais on ne relève aucune disposition analogue dans le droit franc (7).

Une fois que les témoins du défendeur ont déposé, le demandeur fait entendre les siens de son côté. S'il se produit une contradiction formelle entre la déclaration d'un témoin du demandeur et celle d'un témoin du défendeur, on vide le différend au moyen du combat judiciaire, ou, si l'un des témoins ne peut pas se battre, au moyen de l'épreuve de la

exception au profit de ceux qui auraient déjà joué ce rôle de témoins dans un acte extrajudiciaire, par exemple dans une vente ou dans une donation et pour le cas où l'existence de cet acte serait plus tard contestée dans une instance. Mais Brunner a victorieusement démontré que les capitulaires n'ont pas imposé cette restriction au choix des plaideurs. Cpr. *Zeugen- und Inquisitionsbeweis der Carolingischen Zeit*, p. 17 à 26.

(1) Capit. de 803, cap. 11, Pertz, *Leges*, 114; Boretius, 114. — Capit. de 805, cap. 11, Pertz, *Leges*, I, 133; Boretius, 124. — Capit. de 809, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, 156; Boretius, 148. — Capit. de 855, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 436.

(2) Capit. de 802, cap. 12, Pertz, *Leges*, I, 104; Boretius, 210.

(3) Capit. de 802, cap. 12, Pertz, *Leges*, I, 104; Boretius, 210. On a soutenu que cette disposition avait été empruntée à la constitution 14, *De testibus*, 4, 20. — Cpr. Capit. de 805, cap. 11, Pertz, *Leges*, I, 133; Boretius, 124. — Capit. de 809, cap. 6, Pertz, *Leges*, 156; Boretius, 148. — Plaids de 796, 806, 845 dans Muratori, I, 965; II, 972; V, 312.

(4) Capit. de 805, cap. 11, Pertz, *Leges*, I, 133; Boretius, 124. — Capit. de 809, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, 156; Boretius, 148. — Baluze, *Marca hispanica*, n^os 16, 34, 35.

(5) Pérard, *op. cit.*, n^os 818, 820, 821.

(6) Plaids de 786, 796, 806, 845, dans Muratori, I, 534, 976; II, 972; V, 312.

(7) Voy. *Extravagantes* de la loi salique, dans Merkel, p. 100.

croix. Le témoin qui succombe est condamné, à titre de peine de son faux serment, à perdre la main droite ; ses co-témoins, qui n'avaient pas encore juré, mais étaient sur le point de le faire, en sont quittes pour une amende, dont les deux tiers sont acquis à l'adversaire et un tiers au trésor public à titre de *fredus*. On remarquera en effet que la contradiction entre les deux témoins se produit avant tout serment de part et d'autre et si le témoin qui succombe est ensuite condamné pour faux serment, c'est à raison de celui qu'il a prêté avant d'engager le combat; mais il n'avait pas encore juré comme témoin, au moment où la contradiction s'est produite.

Parfois il arrive que les témoins d'une même partie se contredisent entre eux ; s'ils ne parviennent pas à s'entendre, le comte doit choisir parmi eux un représentant de chacune des deux opinions et on vide encore ce différend au moyen d'un combat judiciaire; chacun des adversaires doit prêter serment avant d'engager le duel (1).

On discute sur le point de savoir si l'adversaire, c'est-à-dire le plus souvent le demandeur peut, sans produire de son côté des témoins, contredire directement un de ceux du défendeur et le convaincre de mensonge au moyen du jugement de Dieu. Plusieurs *leges* l'admettent formellement (2), et on retrouve la même solution pour la période suivante dans la jurisprudence lombarde. Mais les capitulaires gardent le silence sur cette question et Brunner en conclut qu'il n'y a lieu à cette époque au jugement de Dieu qu'entre témoins des deux parties ou de la même partie, mais non pas entre un plaideur et un témoin de son adversaire. Toutefois un capitulaire de 808, cap. 3, dit formellement que dans la

(1) Capit. de 814-815, cap. 9, Pertz, *Leges*, I, 84. — Capit. de 816, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 195 ; Boretius, 269. — Capit. de 832, cap. 11, Pertz, *Leges*, I, 361. — Voy. aussi Capit. de 803, cap. 13, Pertz, *Leges*, I, 120 ; Boretius, 143. — Capit. de 805, cap. 11, Pertz, *Leges*, I, 134. — Capit. de 808, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 152 ; Boretius, 139.

(2) Loi des Burgondes, tit. LXXX, § 2. — Loi des Saxons, tit. XVI, § 1. — Loi des Bavarois, III, 16, 3 et 4. — Lois de Luitprand, chap. 63. — Cpr. loi des Ripuaires, tit. LIX, § 4.

procédure d'équité *per inquisitionem*, le témoin ne doit pas provoquer au jugement de Dieu (1). Bethmann-Hollweg en déduit que, dans la procédure ordinaire, le demandeur a le droit d'attaquer ainsi le témoin du défendeur (2). Cet argument *a contrario* pourrait avoir une certaine valeur si le capitulaire disait à qui il est interdit d'attaquer le témoin par la procédure du jugement de Dieu et mentionnait spécialement le demandeur. Mais le texte est général et se borne dès lors à exclure le jugement de Dieu dans les cas où la procédure ordinaire l'autorisait. Quels étaient ces cas? C'est là précisément le point douteux.

Quel qu'ait été le formalisme de la preuve testimoniale pour les affaires ordinaires, il est certain qu'il existait déjà à l'époque des Mérovingiens un mode spécial d'enquête, dégagé des rigueurs du droit commun, emprunté probablement au droit romain, pour l'audition des témoins dans les procès qui intéressaient le fisc; les témoins étaient choisis, non plus par la partie, mais par le juge; celui-ci les interrogeait, ce qui n'avait pas lieu dans les autres affaires.

Nous avons montré précédemment que les témoins ordinaires n'en étaient pas réduits à une prestation de serment et qu'au contraire ils devaient déclarer ce qu'ils savaient de l'affaire. Mais il semble bien qu'on ne les interrogeait pas, tandis que dans les procès qui concernaient le fisc, l'enquête consistait surtout en questions et en réponses. Dans l'enquête ordinaire, la preuve résultait de la déposition du témoin et s'imposait aux juges, quelle que fût leur conviction: c'était, comme on l'a dit plus tard, une véritable preuve légale. Dans la procédure *per inquisitionem*, les juges se déterminaient d'après leur intime conviction et ils recherchaient avant tout la vérité. Dans le premier cas la preuve devait être faite d'après la loi; dans le second, d'après la conscience des juges.

Il ne faudrait pas toutefois conclure de là que dans l'*in-*

(1) Capit. de 808, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 152; Boretius, 139.
(2) *Op. cit.*, V, p. 148.

*quisitio* la preuve échappait à toute disposition restrictive; il fallait encore observer certaines formes, mais moins nombreuses et moins rigoureuses. Aussi cette procédure *per inquisitionem* fut-elle fort recherchée et le bénéfice en fut étendu aux procès concernant les biens d'un grand nombre d'églises et de monastères. Cette procédure *per inquisitionem* a été une des principales sources du jury, du jury de la preuve qui donna plus tard naissance au jury de jugement (1).

Certains auteurs enseignent que cette procédure *per inquisitionem* a une origine germanique. Dès les plus anciens temps, dans les contestations relatives aux limites, on aurait entendu des voisins sans se préoccuper du formalisme ordinaire de l'enquête. Ce fait est possible et même probable, mais il n'est attesté que par des textes assez récents (2) et, dans tous les cas, on ne voit pas comment on aurait eu la singulière idée d'étendre cette procédure aux affaires de la compétence du roi. Aussi a-t-on essayé une autre explication et on a dit, tout en admettant parfois aussi la première, que l'*inquisitio* dérivait du devoir de fidélité qui liait tous les sujets au roi; en vertu de cette obligation, ils auraient été plus rigoureusement tenus de dire la vérité devant la cour du roi. Cette explication nous parait de pure fantaisie et pour le prouver il nous suffira de rappeler que le faux témoin était puni dans la procédure ordinaire comme dans l'*inquisitio*. A notre avis, cette procédure d'équité a été empruntée au droit romain et on comprend qu'elle se soit plus facilement introduite devant la cour du roi où siégeaient les hommes les plus instruits du royaume, clercs et laïques, Gallo-Romains et Francs. Dès le jour où cette cour du roi avait connu des contestations qui intéressaient la couronne, on avait compris la nécessité de ne pas soumettre le roi à la

(1) C'est ce qu'a très bien montré Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte*. Voy. aussi ce que j'ai dit dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*.

(2) Notamment par la loi des Bavarois, III, 11, 4.

procédure ordinaire du serment ou du combat judiciaire. Aussi le roi plaidait-il conformément au droit romain. C'est ainsi que s'instruisaient notamment les procès qui concernaient le fisc et les biens de la couronne, *res quæ ad opus regis habebantur.* On en arriva tout naturellement à considérer comme étant de même nature *res quæ ad partem regis habebantur*, c'est-à-dire les bénéfices qui relevaient du roi et les monastères placés sous son *mundium;* en d'autres termes, la procédure *per inquisitionem* devint aussi de droit commun pour les églises et les monastères qui relevaient directement du roi, soit qu'ils fussent dans le domaine de la couronne, soit qu'ils eussent obtenu le *mundeburgium regis.* On sait d'ailleurs que leurs procès arrivaient presque toujours devant la cour du roi. A l'époque de Louis le Débonnaire, tous les établissements religieux furent considérés comme ayant droit à la garantie et protection du roi, et il semble bien dès lors qu'ils aient tous aussi joui du privilège de la procédure *per inquisitionem.* Lorsque des chartes postérieures mentionnent cet avantage au profit de l'un d'eux, c'est donc moins la concession d'un droit nouveau que la confirmation d'un droit antérieur.

On prenait aussi la procédure *per inquisitionem* dans les procès des vassaux du roi relatifs à leurs bénéfices. Brunner prétend que cette procédure n'était autorisée qu'autant que le domaine supérieur du roi était contesté; mais cette interprétation restrictive est contredite par un texte formel de 873 (1).

Enfin on faisait bénéficier de la procédure *per inquisitionem*, les pauvres, les veuves, les orphelins et autres personnes incapables lorsqu'elles se trouvaient dans l'impossibilité d'administrer la preuve par témoins suivant le droit commun. Mais dans ce cas, comme on le voit, la procédure *per inquisitionem* était tout à fait subsidiaire et en outre, on

(1) Privilège en faveur de Gall, de 873, dans Wartmann, II, n° 570. — Cpr. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, V, p. 155, note 70.

remarquera qu'elle ne fut admise qu'assez tard en faveur de ces personnes (1).

Quant aux principes de cette procédure, ils nous sont surtout révélés par des documents de l'époque carolingienne.

Le droit d'ordonner une *inquisitio* n'appartenait qu'au roi (et au comte du palais) dans sa cour. Le roi pouvait la faire lui-même, mais en général et le plus souvent il nommait un délégué (2). Dans ce cas la partie intéressée obtenait du roi un bref (3). Ce mandat était ordinairement donné à des *missi*, mais cependant des magistrats ordinaires pouvaient également en être chargés (4). Tantôt le délégué du roi obtenait mandat d'instruire et de juger à la fois; tantôt il était chargé seulement d'instruire et dans ce dernier cas, il dressait alors procès-verbal (5).

Les *missi dominici*, en leur qualité même de représentants directs et absolus du roi, pouvaient aussi, sous les Carolingiens, recourir à la procédure *per inquisitionem*, non seulement en matière de délit, mais toutes les fois que cette mesure leur paraissait nécessaire pour arriver à la preuve (6).

Au contraire les juges ordinaires, comtes, vicomtes ou centeniers n'avaient pas le droit de prendre la procédure *per inquisitionem*. Toutefois une distinction est ici nécessaire. Cette procédure était de droit commun pour toutes les affaires déférées à la cour du roi, devant le prince en personne ou son délégué, ou le comte du palais. Devant les *missi*, l'*inquisitio* semble présenter déjà un caractère moins absolu et elle est admise plutôt à titre subsidiaire. Mais il faut se rappeler qu'il existe certaines personnes au profit

(1) *Responsio misso cuidam data anno* 819, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 227; Boretius, 295. — Capit. de 817, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 211; Boretius, 281.

(2) Voy. Vaissète, *Histoire du Languedoc*, preuves, II, n° 12.

(3) *Memorie di Lucca*, IV, b, 52 et 53; V, b, 418. — Placitum de 880, dans Muratori, *Antiquitates*, V, 930.

(4) Voy. à cet égard Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte*, p. 101.

(5) Martène, *Collectio amplissima*, I, col. 41. — Cpr. Brunner, *op. cit.*, p. 103.

(6) Capit. de 802, cap. 21, Pertz, *Leges*, I, 98; Boretius, 101. — Voy. aussi Rozière, form. 475.

desquelles le droit à cette procédure *per inquisitionem*, a été reconnu à titre de privilège et dès lors peu importe devant quelle juridiction ces personnes plaident : elles peuvent exiger la procédure *per inquisitionem* même devant les *missi*, les comtes, les centeniers ou autres magistrats ordinaires. En d'autres termes, les comtes, vicomtes et centeniers doivent toujours employer la procédure ordinaire, mais par exception cependant, ces magistrats sont tenus de recourir à l'*inquisitio* lorsque des personnes jouissant du privilège de cette procédure comparaissent devant eux, ainsi dans les matières fiscales, ou s'il s'agit d'une église ou d'un couvent placé sous le *mundium* du roi, ou encore si le procès intéresse un vassal du roi, ou enfin une veuve, un pauvre, un orphelin (1). D'autres fois, le comte ou tout autre magistrat ordinaire a, en vertu d'un ordre spécial du roi, le droit et le devoir de prendre cette procédure (2). On l'emploie encore dans les procès entre chrétiens et juifs placés sous la protection du roi. Le chrétien doit produire contre le juif au moins trois témoins chrétiens et trois témoins juifs; le plaideur juif fait venir six témoins chrétiens; le comte les interroge *per veram inquisitionem* (3).

Dans tous ces cas où il y a lieu à l'emploi de cette procédure, le juge compétent commence par donner un ordre à l'effet d'assigner les témoins. Cette procédure *per inquisitionem* offre, comme nous l'avons déjà dit, cette particularité d'être dégagée de formalisme. Il semble même que des usages assez divers se soient introduits en cette matière.

Le juge ne doit faire convoquer comme témoins que des hommes ayant une connaissance précise de l'affaire, *pagenses ingenuos*, *homines qui hoc bene cognoscere debent* (4). Aussi

(1) Voy. pour les détails, Brunner, *Zeugen und Inquisitionsbeweis*, p. 130.
(2) Rozière, form. 27, 28, 29.
(3) Jugement de 844, dans la *Gallia christiana*, I, n° 4, p. 107. — Plaid de 874, dans Muratori, V, 988. — Capit. de 802, cap. 21, Pertz, *Leges*, I, 98; Boretius, 101. — Capit. de 819, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 227; Boretius, 295.
(4) Martène, *Collectio amplissima*, I, col. 40. — Meichelbech, *Hist. Fris.*, I, 2, n°s 470, 472, 368.

ces témoins sont-ils généralement pris parmi les habitants du pays, parmi les voisins (1). Le juge recherche quels sont les plus notables, ceux qui méritent surtout confiance (2).

Le nombre de ces témoins est toujours fort élevé; aucun texte, à notre avis, ne détermine de maximum ni de minimum. Aussi les documents parvenus jusqu'à nous s'abstiennent-ils fort souvent de fixer le nombre des témoins; ils se bornent à dire qu'ils sont très nombreux. On en arrive parfois jusqu'à convoquer deux cents témoins et même plus (3). Tous les témoins appelés par la *bannitio* sont obligés de se présenter. Il importe peu que la partie contre laquelle l'enquête est dirigée fasse ou non appeler des témoins. D'ailleurs on peut faire plaider sur le point de savoir s'il y a lieu de procéder *per inquisitionem* (4). Les témoins s'étant présentés au jour fixé, ils commencent par prêter serment sur l'Évangile, les uns après les autres, de dire toute la vérité sur ce qu'ils savent et sur les points qui donneront lieu à une interrogation (5). Nous avons vu qu'au contraire dans la procédure ordinaire, la prestation de serment intervient seulement après la déposition. Parfois, au lieu d'exiger ce serment, on se contente de rappeler aux témoins qu'en vertu du serment de fidélité qui les lie au roi, ils doivent dire toute la vérité (6). Après la prestation de serment, le magistrat interroge les témoins sur ce qu'ils savent de l'affaire; parfois il se borne à leur

(1) Beyer, *Urkunde*, I, n° 37. — Capit. de 817, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 211; Boretius, 283 : *Testes de qualibet causa non aliunde quærantur nisi de ipso comitatu in quo res unde causa agitur, positæ sunt; quia non est credibile ut vel de statu hominis vel de possessione cujuslibet per alios melius rei veritas cognosci valeat quam per illos qui viciniores sunt.*

(2) Voy. les nombreux textes cités par Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte*, p. 109.

(3) Voy. par exemple, Vaissète, *Histoire du Languedoc*, II, p. 32. — Cartulaire de Saint-Victor, n° 31. — Rozière, form. 401. — Goldast, form. 91 et suiv.

(4) *Memorie di Lucca*, IV, b, 52, n° 39. — Voy. aussi Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte*, p. 113 et du même, *Zeugen und Inquisitionsbeweis*, p. 106.

(5) *Monumenta boica*, XXXa, 387. — Muratori, *Antiquitates*, II, 931 et V, 939. — Rozière, form. 475. — Carli, *Antiquitates italianæ*, Appendice à la 4e partie, p. 5.

(6) Meichelbech, *Historia Fris.*, n° 117.

poser une question générale; d'autres fois il détaille les faits (1).

Les témoins, une fois interrogés, doivent probablement se retirer en commun pour se concerter entre eux, car il résulte de nombreux textes qu'ils ne répondent pas les uns après les autres aux questions du juge: une réponse générale est faite pour le compte de tous, évidemment par l'un des témoins qui parle en leur nom et au sien (2). Cependant certains documents de l'Italie et du sud de la Gaule nous apprennent que les témoins répondent les uns après les autres. Ce sont évidemment là des dérogations au droit commun; elles s'étaient introduites dans ces tribunaux du midi sous l'influence du droit romain (3); elles n'avaient toutefois pas été acceptées partout et des documents nous montrent que, même dans le midi, les témoins s'expliquaient parfois collectivement (4).

Cette manière de répondre dans la procédure *per inquisitionem* supposait naturellement que tous les témoins étaient d'accord pour attester le fait, et, dans ces circonstances, l'unanimité des témoins faisait nécessairement preuve, soit pour tout le procès, soit pour la question spéciale à laquelle se référait l'enquête (5). Aussi un grand nombre de textes ont eu le soin de relever cette circonstance de l'accord de tous les témoins (*omnes*) (6). Les textes ne nous disent pas que la majorité des témoins suffisait pour faire la preuve; ils n'in-

(1) *Monumenta boica*, XXX^a, 387. — Meichelbeck, *op. cit.*, n° 702.— Muratori, *Antiquitates*, II, 977. — Vaissète, *Histoire du Languedoc*, II, 32, n° 18.

(2) Meichelbeck, *op. cit.*, n°s 117 et 702. — Goldast, form. 99. — Pérard, *Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne*, n° 33.

(3) Voy. le Cartulaire de Saint-Victor de Marseille, I, 32, n° 26. — Muratori, *Antiquitates*, II, 951, 977, 981; V, 923, 929. — *Memorie di Lucca*, IV^b, 52; V^b, 418, — Lupi, *Cod. Bergam.*, II, col. 113. — Fugamalli, n° 121, p. 489.

(4) Vaissète, *Histoire du Languedoc*, II, n° 12 : *Sed nobiliores viri primi per ordinem singuli interrogati cum reliquis omnibus tam presbyteris quam laicis absque ulla varietate una voce testificaverunt quia nos scimus et in veritate nobis compertum est quia.*

(5) Voy. un exemple de ce dernier cas dans les *Memorie di Lucca*, IV^b, 52, n° 39.

(6) Voy. *Traditiones Laauresham.*, n° 228, et les autres textes cités par Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte*, p. 122.

diquent pas davantage un nombre minimum qui aurait été nécessaire à cet effet. Dès lors on doit admettre que si tous les témoins n'étaient pas d'accord, ou si quelques-uns d'entre eux déclaraient ne rien savoir de l'affaire, l'enquête restait sans résultat, et il fallait bien alors prendre les preuves de la procédure ordinaire. Mais il ne pouvait pas être question, en cas de contradiction des témoins, de recourir au combat judiciaire, comme dans le cas d'enquête ordinaire. De même, l'adversaire n'avait pas le droit de provoquer au combat ou à l'ordalie les témoins entendus contre lui dans la procédure *per inquisitionem* (1). Nous verrons qu'au moyen âge, cette forme d'enquête a produit, notamment en Normandie, les témoins de crédence. On remarquera aussi que cette déposition collective n'est pas sans analogie avec la déclaration du jury. Aussi est-il possible que la procédure *per inquisitionem* ait exercé une sérieuse influence sur cette institution (2).

Lorsque le magistrat chargé de l'enquête avait en même temps reçu mission de statuer sur le fond du procès, il devait, le résultat des dépositions connu, demander aux témoins dans quel sens il y avait lieu de statuer : *interrogat quid justitiæ esset peragendum* (3). Le magistrat avait-il seulement reçu commission rogatoire à l'effet de procéder à l'enquête sans pouvoir de juger l'affaire, alors il dressait procès-verbal de cette *inquisitio* et l'envoyait à la Cour du roi. Ce procès-verbal portait des noms très divers : *notitia*, *breve inquisitionis*, *breve commemoratoria*, *notitia brevis*, toutes expressions indiquant qu'on se bornait à faire connaître en résumé le résultat de l'enquête.

(1) Capit. de 808, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 152. — Voy. Brunner, *op. cit.*, p. 19 et 68. Suivant Bethmann-Hollweg, celui qui fait la preuve *per inquisitionem*, au nom et comme représentant du fisc, a au contraire le droit de provoquer à l'ordalie celui des témoins qui a commis un mensonge. Mais le texte qu'il cite nous paraît étranger à la question ; il y est seulement dit que les *missi* doivent, dans leurs recherches sur l'administration de la justice, poursuivre les parjures par la procédure du duel ou de la croix. Voy. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, t. V, p. 156, texte et note 75.

(2) Nous avons longuement insisté sur ces deux questions dans l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 479.

(3) Meichelbeck, n° 702.

Ajoutons en terminant qu'on avait aussi l'habitude d'entendre les témoins dans une forme analogue à celle de la procédure *per inquisitionem* toutes les fois qu'il s'agissait de fixer une coutume douteuse et notamment un usage relatif à une tenure; c'est manifestement l'origine de nos enquêtes par turbe (1).

## § 46. — LA PREUVE ÉCRITE.

La preuve par écrit apparaît dans les lois barbares et dans les autres textes de l'époque comme un moyen de droit commun. Il ne semble pas toutefois qu'au temps où la loi salique fut rédigée l'écriture ait été très répandue. Ainsi cette loi ne parle pas de la preuve par écrit et ce fait paraît bien confirmer l'opinion suivant laquelle la loi salique est antérieure à Clovis. C'est qu'en effet l'usage de l'écriture devint très habituel après l'établissement des Francs en Gaule. Les formules prouvent qu'on recourait fort souvent à l'écriture pour tous les actes les plus importants de la vie civile (2); les jugements étaient également constatés par écrit. Cependant l'écriture n'était pas exigée en principe comme solennité, ni même comme moyen de preuve. Les formules ont même soin de nous l'apprendre et de nous dire que les écrits sont rédigés par pure précaution, sans qu'ils soient nécessaires pour la formation des contrats ni pour leur preuve (3). On préférait même à cette époque la preuve par

(1) Plaid de 804, dans Carli, *Antichita ital.*, p. IV, appendice, n° 1. Voy. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, t. IV, p. 6, note 4.

(2) On trouvera dans Thévenin, *op. cit.*, un grand nombre de modèles de chartes. Voy. notamment, p. 264.

(3) Marculfe, liv. II, form. 19, Zeumer, p. 89. Il faut toutefois bien s'entendre sur ce point. Nous voulons dire seulement que l'écriture n'est jamais en principe exigée comme moyen de preuve ou solennité à l'exclusion de tous autres; on admet au contraire d'autres moyens de preuve et d'autres actes formels ou solennels. Mais rien ne s'oppose à ce que l'écrit soit pris comme moyen de preuve ou serve d'acte formel, comme nous le verrons plus loin. Tout ce que nous prétendons, c'est que l'écrit n'est pas imposé à titre de preuve ou de solennité, à la différence de ce qui a lieu dans notre droit actuel. Ainsi aujourd'hui, la rédaction d'un écrit en matière civile est obligatoire au-dessus de 150 francs. De même parfois et par exception, le Code civil impose, pour la formation d'un acte, *ad solemnitatem*, la rédaction d'un écrit, le plus souvent notarié. Cette exigence ne se rencontre pas dans les *Leges* : l'écriture est toujours facultative, soit à titre de preuve, soit à titre d'acte formel.

témoins à la preuve par écrit. L'une n'excluait sans doute pas l'autre, mais le législateur marquait souvent son penchant pour les témoins. Ainsi on pouvait prouver par témoins qu'un jugement avait été rendu en tels ou tels termes (1). De même le capitulaire de 803, cap. 10, permettait d'établir par témoins l'existence d'un jugement pour repousser l'action du demandeur qui voulait porter une seconde fois l'affaire devant la justice. Sans doute les jugements étaient à cette époque rédigés par écrit; mais on n'en conservait pas minute dans les greffes, pas plus que des autres actes authentiques (2). Lorsqu'un acte de cette nature était dressé, l'original en était remis à la partie intéressée. Aussi les chances de perte de ces actes étaient-elles très nombreuses; ainsi s'explique-t-on qu'une partie était autorisée à prouver par témoins un fait qui avait été autrefois constaté par acte authentique. On comprend aussi que les confirmations d'actes antérieurs aient été très utiles et fort fréquentes. Enfin l'absence de minutes déposées dans des lieux publics nous explique comment il se fait qu'il nous soit parvenu un nombre limité d'actes authentiques de cette époque, bien qu'on en ait cependant rédigé beaucoup. Il est certain que dans les villes du midi, où s'étaient conservées des traces de l'ancienne organisation municipale, on a tenu pendant un certain temps des greffes où étaient déposés la plupart des actes authentiques. Mais l'anarchie de l'époque en compromit singulièrement le fonctionnement régulier.

La distinction des actes en authentiques ou sous seings privés apparait déjà nettement. Ainsi on ne saurait contester l'authenticité aux actes de l'autorité royale rédigés dans la chancellerie par les référendaires du roi. Tous les actes du *placitum palatii* de juridiction contentieuse comme les jugements de juridiction gracieuse, tels que les affranchissements par le denier, étaient manifestement authentiques par cela même qu'ils étaient réputés rendus par le roi. Les ju-

(1) Loi salique, tit. LIX; *Capita extravagantia*, tit. XVIII.
(2) Voy. des modèles de jugements dans Thévenin, *op. cit.*, p. 269.

gements des tribunaux des comtes et des centeniers étaient constatés par des écrits autenthiques, ainsi que les actes de juridiction gracieuse accomplis devant eux (1). Quiconque présentait un acte authentique faisait, par cela même, sa preuve. En d'autres termes, la loi attachait à cette époque, comme aujourd'hui, une présomption de vérité aux actes de cette nature et c'était à celui qui prétendait l'acte faux ou falsifié à établir ce faux. La partie qui, après avoir ainsi attaqué à tort un acte royal, était convaincue de mensonge, encourait la peine de mort d'après la loi des Ripuaires (2).

Quant aux actes dit privés, ils comprenaient tous les écrits autres que les actes authentiques c'est-à-dire les actes royaux et ceux des tribunaux (3). Ces écrits étaient dressés parfois par les parties elles-mêmes; plus souvent par un tiers, scribe, tabellion, notaire dont la profession consistait précisément à constater les volontés des autres.

Il existait dans les *malli publici* des chanceliers spéciaux avec leurs suppléants, chargés les uns et les autres de rédiger tous les actes privés des parties. Dans l'acte privé qu'il dressait ainsi, le chancelier jouait lui-même le rôle de témoin (4). Dans les deux cas l'acte était dressé en présence d'un certain nombre d'autres témoins qui, plus tard, attestaient l'existence de la convention. Le nombre et la qualité des témoins variaient à l'infini; il n'y avait, à proprement parler, aucune règle précise sur ce point. De même il n'était pas nécessaire que les écrits fussent dressés en un certain nombre d'exemplaires. Mais il n'est pas permis de

(1) Voy. des exemples de ce genre dans Marculfe, Appendice, form. 1 à 7; 32 et 33. — Bignon, form. 6, dans Zeumer, p. 230. — Mabillon, form. 10, 11, 24, 28, 29, 30, 52.

(2) Loi des Ripuaires, tit. LX, § 6.

(3) Encore est-il possible de soutenir, dans le silence des textes, que les actes des tribunaux n'étaient pas revêtus de l'authenticité et que ce caractère était réservé aux actes royaux.

(4) Voy. Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der Römischen und Germanischen Urkunde*, p. 235 et suiv. Il vaut mieux dire à cette époque « acte privé » que « acte sous seing privé », car, comme nous l'avons vu, la signature des parties n'était pas nécessaire.

dire avec Pardessus (1) que, sauf la date, exigée par la loi des Alamans (tit. XLIII), tout était arbitraire dans la rédaction des actes sous seing privé. Brunner a au contraire établi, avec beaucoup de précision, que certaines mentions se rencontrent toujours dans ces actes et il en a montré l'utilité soit au point de vue de la preuve, soit même et surtout pour la formation du contrat ou le transport de la propriété (2).

On distingue bien nettement la *carta* et la *notitia* (3); l'une indique l'aliénation que l'on fait, par exemple la vente, la donation; l'autre est un acte formel qui contient la mention et la preuve de l'investiture. Nous avons vu que le formalisme consiste parfois dans la remise même de l'écrit. Cette remise s'appelle l'*affirmatio*, et la clause *stipulatione subnixa* constate, suivant Brunner, l'accomplissement de cette *firmatio*. Les témoins doivent aussi confirmer l'acte, par exemple en le signant ou en le touchant. La signature n'est pas en effet exigée; mais la présence de témoins est nécessaire pour la solennité de l'acte comme pour sa preuve. Enfin l'acte se termine par la *subscriptio* de celui qui l'a écrit (4).

Ainsi régulièrement rédigé, l'acte sous seing privé ne faisait cependant pas preuve par lui-même; il n'était revêtu d'aucune présomption de vérité. Sans doute lorsqu'une partie présentait en justice un acte privé et que l'adversaire reconnaissait la sincérité du contenu, il n'y avait lieu à aucune preuve, puisque les deux parties étaient d'accord sur ce fait et le juge pouvait rendre son jugement sur le fond (5). Mais

(1) *Loi salique*, 11e dissertation.

(2) Voy. son ouvrage intitulé *Zur Rechtsgeschichte der Römischen und Germanischen Urkunde*, 1 vol. in-8, Berlin, 1880. Il est successivement parlé dans cet ouvrage des écrits sous seing privé en Italie, dans le droit anglo-saxon et dans le droit franc. Voy., pour ce dernier point, p. 209 et suiv.

(3) Au IXe siècle toutefois, ces deux termes deviennent synonymes. Brunner, *op. cit.*, p. 216.

(4) Pour plus de détails sur ces différents points et pour les autorités à l'appui, Voy. Brunner, *op. cit.*, p. 211 et suiv. — Nous avons vu plus haut comment il faut entendre la clause *stipulatione subnixa*.

(5) Il y avait lieu parfois à un interlocutoire sur la preuve, par exemple si celui qui invoquait l'écrit disait qu'il l'avait perdu. Cpr. Campi, *Storia di Pia-*

dès que l'adversaire contestait que les faits se fussent passés de la manière indiquée par l'écrit privé, celui-ci ne faisait plus preuve au profit de la partie. Le plaideur devait alors établir que les choses s'étaient passées de la manière indiquée par l'acte privé ; c'est ce que l'on appelait *chartam firmare*, *adfirmare*, *confirmare*, *clare facere*, *ardire* (1). Il existe à cet effet, dans la loi salique et dans celle des Ripuaires deux procédures spéciales, l'une simple, l'autre solennelle. La première procédure consiste dans la loi Ripuaire à faire venir le scribe qui a écrit l'acte et les témoins pour qu'ils attestent la sincérité du contenu. D'après le droit salique, celui qui invoque l'écrit doit prêter serment avec douze cojureurs que cet écrit contient la vérité. Cette preuve par cojureurs exclut-elle la preuve par témoins, que consacrent non seulement la loi des Ripuaires, mais encore d'autres lois barbares (2)? Il serait difficile de le dire. Mais la négative semble résulter du droit commun. Nous avons vu que les témoins et les cojureurs sont en général mis sur la même ligne. Il n'y a aucune raison en cette matière de préférer les cojureurs ; il semble au contraire que la préférence devrait être accordée aux témoins, car on ne voit plus l'utilité de leur assistance à la rédaction de l'acte s'ils ne peuvent pas plus tard attester sa sincérité en justice.

La procédure solennelle s'engage par une déclaration en termes sacramentels de l'adversaire auquel on oppose l'écrit. Il prétend que le scribe et les témoins ont menti et en même

*cenza*, p. 426. Voy. aussi Tardif, *Monuments historiques* (Invent. et Documents), p. 22, n° 28.

(1) *Ardire* vient de *härten*. — Voy. Diez, *etym. Wörterbuch der romanischen Sprachen*, 3e éd., I, 29.

(2) Loi des Ripuaires, tit. LVIII. — Loi des Alamans, tit. II. — Loi des Bavarois, tit. I, chap. 2. — Le 8e capitulaire de 808 et le 8e capitulaire de 819, chap. 11, supposent qu'un homme réclamé comme esclave présente sa charte d'affranchissement; cette charte ne suffit pas pour prouver sa liberté; il doit en outre faire venir celui qui l'a affranchi et, à son défaut, les témoins de la charte ainsi que le scribe; à leur défaut, il doit produire deux autres chartes écrites par le même scribe. Cpr. Baluze, t. I, col. 391 et Boretius, 115; Baluze, t. I, col. 607 et Boretius, 293.

temps il perce la charte (1). La loi des Ripuaires veut qu'alors les témoins de l'acte, le chancelier qui l'a écrit, assisté d'autant de cojureurs qu'il y a de témoins, affirment tous par serment la sincérité de l'acte. Celui qui a attaqué cet acte doit, s'il n'accepte pas ces serments, provoquer le chancelier au combat judiciaire. La preuve de la sincérité de l'acte résulte-t-elle du serment ou du duel, celui qui l'a attaqué à tort doit payer une composition à chacun des témoins et au chancelier (2). La procédure établit-elle au contraire la fausseté de l'acte, chaque témoin est tenu d'une composition de 15 sous et le chancelier est condamné à perdre le pouce de la main droite, à moins qu'il ne préfère le racheter en payant 50 sous.

D'après la loi salique, lorsqu'on s'est engagé dans cette procédure solennelle, la partie qui prétend l'acte faux doit produire contre les sept témoins de l'acte sept autres témoins, mais alors celui qui a invoqué l'acte peut en appeler au combat judiciaire et le duel s'engage entre un des témoins qui prétendent l'acte sincère et un de ceux qui le disent faux. On remarquera par ce qui précède que dans les deux procédures la preuve n'incombe pas directement à la même partie : s'agit-il de la procédure ordinaire, c'est à celui qui prétend l'acte sincère à prouver la vérité de ce qu'il dit ; s'agit-il de la procédure solennelle, c'est à celui qui prétend l'acte faux qu'incombe la preuve.

La preuve par écrit n'a subi sous les Carolingiens aucun changement sérieux (3). Ainsi cette preuve n'obtient aucune préférence sur la preuve par témoins. C'est au juge à rechercher quelle est la plus forte et rien ne s'oppose à ce qu'on prouve par témoins contre un écrit ou réciproquement (4).

(1) *Perforatio, transforatio testamenti.* Voyez Merkel, *Loi salique, extravagantes*, III, IV. — Loi des Ripuaires, LVIII, § 5 et tit. LIX, § 3.

(2) Loi des Ripuaires, tit. LVIII, § 5 et tit. LIX, § 3.

(3) Aussi avons-nous pu, plus d'une fois, réunir les deux périodes dans les explications précédentes.

(4) Plaid de 870, dans Pérard, *Recueil de plusieurs pièces curieuses, servant à l'histoire de Bourgogne*, p. 150. — Plaid de 806, dans Muratori, I, p. 973.

De même lorsque la sincérité d'un acte notarié est contestée, il faut combattre le serment des témoins instrumentaires ou du notaire par un nombre égal de cojureurs. A défaut de cette prenve, on peut encore établir la fausseté par le rapprochement avec deux autres écrits émanés du même notaire. Telle était précisément déjà la procédure adoptée par la loi des Ripuaires et que consacrent de nouveau les Capitulaires (1). De même celui qui accuse un écrit de faux est tenu, comme autrefois, de le lacérer en justice (2), et le notaire convaincu de ce fait doit perdre la main, à moins qu'il ne la rachète par le paiement d'une composition (3). De même encore, les écrits perdus peuvent être reconstitués au moyen d'une procédure publique. Rien ne s'oppose non plus à ce qu'on prouve le contenu d'un acte détruit par la déposition du notaire qui l'avait rédigé et par celle des témoins instrumentaires (4). Mais sur tous ces points les Capitulaires ne contiennent en réalité aucune innovation.

## § 47. — LA PREUVE PAR JUGEMENT DE DIEU.

La preuve par jugement de Dieu à l'époque franque, est un moyen le plus souvent subsidiaire, consistant dans certaines pratiques dont le résultat est l'œuvre de Dieu qui fait ainsi connaître la vérité. On a beaucoup discuté autrefois sur l'origine de cette preuve, que l'on désigne aussi sous le nom d'ordalie. Certains auteurs ont prétendu qu'on en devait l'invention aux chrétiens; les Barbares ne l'auraient pas connue alors qu'ils étaient encore païens (5). Les épreuves par l'eau et par le feu existaient déjà dans l'Inde antique et elles semblent bien avoir été pratiquées par tous

(1) Loi des Ripuaires, tit. LIX, § 2 à 5. — Capit. de 854, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 436. — Capit. de 891, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, 557.

(2) Plaid de 762, Vaissète, *op. cit.*, I, n° 88.

(3) Capit. de 803, cap. 13, Pertz, *Leges*, I, 120; Boretius (chap. 2) 143. — Capit. de 889, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, 557.

(4) Capit. de 816, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 196. — Plaid de 780, dans la *Gallia christiana*, I, n° 106.

(5) Wilda, *Ordalien*, p. 480 et suiv. Cette opinion est aujourd'hui abandonnée.

les peuples de la grande famille indo-européenne et même par d'autres peuples encore, comme nous le montrerons bientôt (1). Tacite, il est vrai, ne parle pas des épreuves chez les Germains, mais on sait que son travail est sur bien des questions tout à fait insuffisant. D'autres auteurs nous font connaître que l'épreuve par l'eau était usitée chez les ancêtres et les contemporains des Francs. Les Germains exposaient sur un bouclier flottant l'enfant dont la légitimité était contestée et si le bouclier surnageait, cette légitimité était alors établie (2). L'Église a, au contraire, vu à l'origine ces épreuves avec défaveur, mais ne pouvant les supprimer, elle s'est attachée à les réglementer afin de les entourer de garanties plus ou moins sérieuses (3). L'Église comprit facilement qu'il n'était pas possible de supprimer un moyen de preuve considéré par ces Barbares comme le procédé le plus décisif.

Le défendeur ayant affirmé par son serment la légitimité de sa résistance, le demandeur a le droit de lui répondre par un appel au jugement de Dieu, en particulier, de le provoquer au combat judiciaire. Dans le serment, on se borne à prendre Dieu à témoin; dans les ordalies, Dieu devient lui-même le juge et manifeste directement sa volonté. Le mot même d'ordalie exprime cette idée (4). L'habitude était alors très générale d'en appeler au jugement de Dieu, non seulement dans les contestations judiciaires, mais encore dans toutes les circonstances les plus diverses de la vie. Grégoire de Tours nous en donne de nombreux exemples. Le peuple voulant déposer l'évêque Brice, à cause de la corruption de ses mœurs, ce prélat essaye, mais en vain, de se justifier par

(1) Voy. à cet égard Thonissen, *Etudes sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*, t. I, p. 29 et suiv.

(2) Claudien, dans ses invectives contre Rufin, parle de cette pratique, liv. II, chap. 112. — Voy. aussi Julien, 16e lettre à Maximin.

(3) C'est ce que j'ai longuement exposé dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, § 25, p. 241 et suiv. — *Ibid.*, voy. la question de savoir si les Celtes de la Gaule ont connu les ordalies.

(4) Ce nom même est d'origine anglo-saxonne, *or-dal*, en dialecte souabe *urthetli*, en allemand *urtheil*, en hollandais et en flamand *oordeel* (Voy. Thonissen, *Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*, t. Ier, p. 31).

l'épreuve du feu (1). Une autre fois deux armées, celle des Vandales et celle des Alamans, sur le point d'en venir aux mains, se font représenter chacune par un champion et c'est le duel qui décide à qui appartient la victoire (2). A chaque instant Dieu intervient et il est pris comme juge dans les affaires les plus diverses (3). C'est une tendance naturelle aux peuples primitifs et grossiers de faire intervenir sans cesse la divinité. Aussi les législations les plus anciennes nous présentent-elles les ordalies comme un moyen de preuve ordinaire. On réalise déjà un progrès en ne les admettant qu'à défaut d'autres preuves. Ce progrès est consacré par la plupart des *Leges*. Mais cependant on trouve encore dans quelques-unes d'entre elles des traces du système antérieur. Certaines lois barbares donnent au demandeur, d'une manière générale, le droit de combattre le serment du défendeur et d'en prouver la fausseté par le jugement de Dieu (4); c'est le droit le plus ancien. Mais nous en verrons d'autres à l'époque carolingienne qui ne permettent ce moyen de preuve qu'autant qu'il s'agit des crimes les plus graves (5). Quant au défendeur, il peut faire sa preuve par le jugement de Dieu toutes les fois qu'il n'a pas à sa disposition la preuve par cojureurs. Ainsi les esclaves sont nécessairement obligés d'en venir aux ordalies si leur maître ne veut pas jurer pour eux (6). De même il peut arriver que le défendeur ne réunisse pas le nombre de cojureurs prescrit par la loi et alors encore il faut en arriver aux ordalies. La loi des Ripuaires suppose qu'un étranger ne peut pas

(1) Grégoire de Tours, liv. II, § 1.
(2) Grégoire de Tours, liv. II, § 2.
(3) Voyez Grégoire de Tours, liv. II, § 4; liv. IV, § 16, 25, 26. — Frédégaire, liv. V, § 51.
(4) Loi des Burgondes, tit, VIII, § 2; tit. XLV. — Lois de Rotharis, chap. 9. — Lois de Luitprand, chap. 121. —Capit. lombard de 779, cap. 11, Pertz, *Leges*, I, 37; Boretius, 49. — Capit. de 804, Pertz, *Leges*, I, 129; Boretius, 180. — Capit. de 811, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 170; Boretius, 217.
(5) Loi des Alamans, tit. XLI, § 1. — Capit. de 817, Pertz, *Leges*, I, 211. — Loi dite des Francs Chamaves, chap. 46.
(6) Loi des Ripuaires, tit. XXX, § 1.

rencontrer dans la province le nombre de cojureurs exigé par la loi : il doit se soumettre à l'épreuve du feu (1), mais il semble bien que le même droit aurait appartenu au plaideur, même alors qu'il se serait trouvé dans son pays, s'il n'avait pas eu à sa disposition un nombre de cojureurs suffisant. On sait qu'en effet dans certaines affaires le nombre des cojureurs devait être fort élevé.

Il semble bien aussi que, dans différents cas, le plaideur avait le choix entre les cojureurs et le jugement de Dieu (2). Enfin il y avait, tout au moins dans la loi salique, bien certainement des cas dans lesquels la preuve par les ordalies était préférée à la preuve par cojureurs. On ne pourrait pas expliquer autrement le titre LIII de la loi salique (ou LII) (3). Ce titre détermine la somme au moyen de laquelle le défendeur pouvait racheter sa main de l'eau bouillante, c'est-à-dire écarter les ordalies et faire sa preuve au moyen de cojureurs. D'après la loi salique, si l'accusation était de nature à entraîner une condamnation de quinze sous, la main se rachetait pour trois sous. Le prix du rachat était porté à six sous lorsque l'accusé était menacé d'une condamnation de trente sous. S'agissait-il d'une accusation de meurtre, la loi fixait le rachat à trente sons. Après avoir établi ces différents tarifs, la loi salique ajoute que si l'accusé paye une somme plus élevée, par suite d'un accord spécial intervenu avec l'accusateur, le *fredus* doit alors être remis au comte comme si l'accusé avait succombé dans l'épreuve. La loi craint évidemment qu'une transaction intervenue entre les deux plaideurs n'ait pour résultat, en substituant la preuve par cojureurs aux ordalies, l'acquittement de l'accusé et ne prive ainsi le trésor royal de la somme qu'il aurait touchée si l'on avait pris la procédure des ordalies. Quoi qu'il en soit, il résulte bien nettement de toutes ces dispositions, que la loi salique, peut-être d'une manière générale en matière crimi-

(1) Loi des Ripuaires, tit. XXXI, § 1.
(2) Loi des Ripuaires, tit. V.
(3) Pardessus, p. 30.

nelle, tout au moins dans des cas assez fréquents, préférait la preuve par les ordalies aux cojureurs. Toutefois, en sens inverse, il y avait des cas où les cojureurs étaient préférés aux ordalies. Peut-être n'existait-il pas de règle fixe et la loi mettait-elle en première ligne, tantôt les cojureurs, tantôt les ordalies, suivant la nature ou l'importance du crime. Mais d'ailleurs ces ordalies, comme les cojureurs, n'étaient employées qu'autant que *si certa probatio non fuerit* (1). Thonissen semble même croire que l'admission ou le rejet des ordalies dépendait de l'appréciation des rachimbourgs. Sans doute il fallait un jugement des rachimbourgs sur les ordalies; mais ce n'était pas une règle propre à cette preuve. Dans toute affaire, un jugement spécial était rendu sur la preuve et ensuite la partie obtenait même un certain délai pour la préparer. Ce délai variait d'ailleurs : le titre LVI de la loi salique le fixe à quarante nuits. Une formule de Bignon parle du délai de quarante-deux nuits pour l'ordalie de la croix (2) ; la loi des Ripuaires n'admet qu'un intervalle de quatorze jours (3).

Les différentes espèces d'épreuves étaient assez nombreuses. La loi salique parle de l'épreuve par l'eau bouillante (4), mais elle ne mentionne pas les autres. Il en est question toutefois dans une foule de textes : épreuve par l'eau froide, épreuve du feu ou par le fer rouge, épreuve du pain, épreuve de la croix et surtout combat judiciaire (5). Il nous est parvenu un grand nombre de formules religieuses relatives à la procédure de l'ordalie par l'eau froide,

(1) Voy. loi des Ripuaires, tit. XXXII, tit. XXXIII, § 5. — Novelles de Merkel, 2 et 5, p. 53. — Loi des Frisons, tit. III, § 5. — *Lex Anglorum et Werinonum*, tit. LV.

(2) Bignon, form. 12. — Rozière, form. 502.

(3) Loi des Ripuaires, tit. XXX, § 1.

(4) Loi salique, tit. LIII et LVI.

(5) Voy. à cet égard les détails dans lesquels je suis entré dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, § 25, p. 244 et suiv. Grégoire de Tours parle de l'épreuve du feu, liv. II, § 1. Il mentionne aussi l'épreuve par l'eau froide dans son *Liber miraculorum*, liv. I, chap. 69. Voy. aussi Thévenin, *op. cit.*, n° 39, p. 46 ; n° 49, p. 57 ; n° 102, p. 145 ; n° 121, p. 175 ; n° 133, p. 195 ; n° 146, p. 211 ; n° 171, p. 237.

par le fer chaud, par l'eau chaude, par le pain. Il suffit de se reporter à ces formules pour se rendre compte de l'objet de ces différentes épreuves, du formalisme qui les entourait et du rôle important qu'y jouait l'Eglise (1). C'était elle qui réglementait surtout cette procédure. Cependant le pouvoir temporel s'en préoccupait aussi parfois. Ainsi le décret de Clotaire (chap. VII) veut que l'épreuve ait lieu contradictoirement, et que les plaideurs, l'accusateur et l'accusé, y viennent chacun avec trois témoins choisis, pour empêcher les fraudes.

De toutes les épreuves, la plus fréquente et la plus populaire, du moins parmi les laïques, était le combat judiciaire, bien que l'Eglise vît le duel avec défaveur, soit à cause de sa nature même, soit parce que, en pareil cas, elle ne prenait pas part à la procédure.

Le duel est déjà mentionné par Tacite comme un usage des Germains (2) et il est possible, mais non prouvé, qu'il ait été aussi employé à titre de moyen de preuve. Dans tous les cas ; le combat judiciaire apparaît avec ce caractère dans un assez grand nombre de lois barbares, lois des Ripuaire, des Burgondes, des Lombards, des Alamans, des Bavarois, des Thuringiens, des Frisons et des Saxons, qui sont d'ailleurs, on le sait, de dates très diverses. Bien qu'il n'en soit pas question dans l'ancien texte de la loi salique, cependant il est certain que le duel était pratiqué dès le VIe siècle par les Francs, comme moyen de preuve. Il est mentionné dans un des Capitulaires ajoutés à la loi salique (3) et Grégoire de Tours en parle sans s'étonner de cette coutume (4). On a cependant conclu du silence de la *lex antiqua*, mais à tort selon nous, qu'à l'époque de sa rédaction le duel n'était pas

(1) Voy. Rozière, form. 581 à 626, p. 770 à 884. — Zeumer, *Ordines judiciorum Dei*, dans son recueil de formules, p. 599 à 726. — Voy. aussi pour le détail de ces procédures, l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, p. 241 et suiv.

(2) *Germanie*, § 16.

(3) Cap. 15, Pertz, *Leges*, II, 13.

(4) Grégoire de Tours, liv. VII, § 14 et liv. X, § 10.

connu comme moyen de preuve parmi les Francs Saliens. Ce silence serait décisif s'il était établi que la loi salique contient tous les usages des Francs; mais c'est le contraire qui est la vérité. En vain fait-on remarquer que sous plus d'un rapport la procédure de la loi salique se distinguait par de notables particularités (1). Il est permis de répondre qu'on ne voit pas quelle aurait été la cause de l'exclusion du combat judiciaire. La loi salique, nous l'avons déjà constaté, ne dit à peu près rien des preuves, pas plus des témoins, des cojureurs, que des ordalies. On ne peut expliquer ce silence que d'une manière. La loi ne parlait pas des différentes preuves parce que sous ce rapport on appliquait les usages communs à tous les Barbares ou tout au moins à tous les Francs. Il faut reconnaître en effet qu'il n'est pas non plus parlé du duel judiciaire dans la loi des Visigoths ni dans celle des Saxons; en Angleterre les Anglo-Saxons ne le pratiquaient pas; il n'y a été introduit que par les Normands (2). D'ailleurs, sous les Mérovingiens, le combat judiciaire ne semble pas être encore complétement organisé. On voit qu'il est commun aux affaires criminelles et aux affaires civiles. En matière pénale, c'était en général le défendeur qui avait le droit de provoquer son adversaire au combat pour prouver son innocence. Au civil comme au criminel, lorsqu'une partie avait fait sa preuve par cojureurs, l'autre avait le droit de faire tomber cette preuve par le duel. En général, le duel était, en effet, un moyen subsidiaire et une partie ne le prenait qu'autant qu'elle ne pouvait pas faire sa preuve autrement (3); ainsi, à défaut de cojureurs, soit que cette

(1) Thonissen, *L'organisation judiciaire de la loi salique*, 2e éd., p. 524.

(2) Voyez mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, § 82, p. 523 et suiv.

(3) Voy. sur ces différents points Capit. de Chilpério ajouté à la loi salique, cap. 15, Pertz, *Leges*, II, 13. — Loi des Ripuaires, tit. XXXII, § 4; tit. LVII, § 2 et 3; tit. LIX, § 4. — Loi des Alamans, liv. II, chap. 92 et 97. — Loi des Bavarois, tit. II, chap. 1, § 2; tit. VIII, chap. 2, § 6; tit. IX, chap. 4, § 4; tit. XI, chap. 5; tit. XII, chap. 8 et 9; tit. XVI; tit. XVII, chap. 1 et 2. — Loi des Frisons, tit. XI, § 3; tit. XIV, § 5 et 7. — Loi des des Thuringiens, tit. I, § 2; tit. II, § V; tit. III, § 1.

preuve lui fût interdite, soit qu'elle ne trouvât pas le nombre requis par la loi. Parfois aussi, les parties convenaient d'un commun accord de s'en remettre au duel judiciaire et alors cette preuve excluait les autres.

En principe le droit de se battre dépendait de celui de porter les armes. Cependant on rencontre des exemples, même dans les *Leges*, de combats judiciaires entre personnes qui n'étaient point libres. Il était permis de se faire remplacer dans le duel par un champion. Celui-ci était-il tué, on subissait la même peine que si l'on avait personnellement succombé (1). Il va sans dire que les personnes incapables de porter les armes, par exemple les femmes, combattaient par champion (2); si elles n'en trouvaient pas, elles en étaient réduites à établir leurs prétentions au moyen des épreuves par les éléments.

Le combat judiciaire avait lieu devant le tribunal chargé de juger la contestation, par exemple, *ante regem* (3).

Pendant la période carolingienne, le combat judiciaire semble se développer tandis que la preuve par les ordalies reçoit d'importantes restrictions. D'ailleurs le pouvoir civil et l'Eglise étaient loin de s'entendre en cette matière. Les clercs surtout voyaient le duel avec défaveur; ils faisaient remarquer que dans cette procédure le succès était assuré au plus fort (4). La vérité est qu'ils n'y prenaient aucune part, tandis qu'ils avaient la direction des autres épreuves, mais même malgré cette circonstance l'Eglise tolérait plutôt les épreuves par nécessité et, dès la fin du IXe siècle, on voit des papes se prononcer contre elles (5). Déjà auparavant, plus d'une fois on avait élevé des doutes sur la valeur de

(1) Grégoire de Tours, liv. X, § 10.

(2) Voy. pourtant la loi des Bavarois, tit. III, chap. 13, § 3 : « *Si autem pugnare voluerit (una femina), per audaciam cordis sui, sicut vir, non erit duplex compositio ejus, sed sicut fratres ejus, ita ipsa recipiat.* »

(3) Loi des Ripuaires, tit. LIX, § 4.

(4) Voy. par exemple Agobard, *Aversus legem gondobardam*, cap. 7, 10, 13, 14, dans Pertz, *Scriptores*, III, 504.

(5) Voy. Walter, *Rechtsgeschichte*, § 673, n° 6.

ces moyens de preuve et, dans un capitulaire de 800, Charlemagne se crut obligé d'ordonner à chacun d'y croire: *ut omnis homo judicium Dei credat absque ulla dubitatione* (1). Malgré tout, le combat judiciaire et les épreuves restèrent d'un usage assez fréquent pendant toute la période carolingienne qui les transmit à l'époque suivante. Toutefois une préférence marquée se manifesta en faveur du combat judiciaire qui devint la forme ordinaire du jugement de Dieu. On le réglementa avec un certain soin; le duel à l'arme blanche fut limité aux faits qui impliquaient violation du devoir de fidélité envers le roi. Dans tous les autres cas, on combattait avec bouclier et bâton, *scutis et fustibus* (2). D'ailleurs le duel judiciaire continuait à être un privilège des hommes libres; les esclaves recouraient à l'ordalie par l'eau chaude ou par le feu. On combattait en personne ou par champion, en public devant la cour de justice, suivant la tradition mérovingienne (3). Pour les clercs et les personnes faibles de corps, on pouvait remplacer le combat judiciaire par l'épreuve de la croix qui consistait à rester les bras tendus. Celui des deux plaideurs qui devait le premier, par fatigue, abandonner cette position, perdait son procès (4). Toutefois Louis le Débonnaire défendit l'épreuve de la croix par la raison qu'elle était une atteinte au respect que l'on devait au supplice de Jésus-Christ (5). Mais il existait beaucoup d'autres manières, comme on l'a vu, d'en appeler à Dieu: l'eau froide, l'eau bouillante, le feu, etc. Toutefois, comme ces moyens de preuve impliquaient l'in-

(1) Capit. de 809, cap. 25, Pertz, *Leges*, I, 157; Boretius, (cap. 20), p. 150.

(2) Capit. de 803, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 117; Boretius, 117. — Capit. de 804, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 129; Boretius, 180. — Capit. de 816, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 195; Boretius, 269. — Capit. de 817, cap. 10 et 15, Pertz, *Leges*, I, 212 et 213; Boretius, 282 et 284.

(3) Loi des Bavarois, tit. III, chap. 2, § 1. — Capit. de 817, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 212; Boretius, 282.

(4) Capit. de 801, cap. 9, Pertz, *Leges*, I, 84; Boretius, 267. — Capit. de 806, cap. 14, Pertz, *Leges*, I, 142; Boretius, 129. — Capit. de 816, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 195; Boretius, 269.

(5) Capit. de 817, cap. 27, Pertz, *Leges*, I, 209; Boretius, 279.

tervention de Dieu, il n'était pas permis d'y soumettre les juifs (1).

Quant aux cas dans lesquels les capitulaires admettent ces ordalies, on peut les ramener aux suivants :

En premier lieu, les capitulaires permettent au demandeur de s'opposer à ce que le défendeur fasse la preuve par le serment et alors on recourt directement aux ordalies (2). Dans d'autres cas le défendeur voudrait bien jurer, mais il ne le peut pas, soit qu'il ne trouve pas de cojureurs, soit encore que la loi lui interdise le serment à cause de sa qualité d'esclave ou d'homme mis hors la loi; il faut bien alors recourir encore aux ordalies (3). Dans d'autres cas, nous voyons les capitulaires interdire la preuve par le serment et imposer celle des ordalies, à cause de la gravité du crime et peu importe alors quelle est la condition de l'accusé (4). Enfin, parfois, les deux plaideurs administrent de part et d'autre la preuve contraire, par exemple par écrit ou par témoins, et alors il faut bien encore pour faire cesser ce conflit s'en rapporter au jugement de Dieu.

Tel était le système des preuves à l'époque franque et il serait difficile, même aux partisans les plus convaincus de l'origine exclusivement romaine de nos institutions, de nier qu'il venait de la Germanie. Mais quelle était la valeur scientifique de ce système? Les Germains peuvent-ils le revendiquer comme une institution propre à leur race? Les études les plus récentes de législation comparée permettent de répondre facilement à ces deux questions. Le système des

(1) Voy. Bouquet, VI, p. 652, Rozière, form. 27.

(2) Capit. de 803, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 117; Boretius, 117. — Capit. de 804, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 129; Boretius, 180.

(3) Capit. de 794, cap. 9, Pertz, *Leges*, I, 72; Boretius, 75. — Capit. de 809, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 155; Boretius, 148. — Capit. de 817, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 210; Boretius, 281. — Loi dite des Chamaves, chap. 46 et 47. Nous rappelons que l'esclave peut échapper aux ordalies si son maître consent à jurer en son lieu et place. Ajoutons que l'ordalie par l'eau bouillante et celle du fer rouge paraissent avoir été réservées aux esclaves. Cpr. Loi des Ripuaires, tit. XXX, § 1. — Capit. de 803, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 113; Boretius, 113.

(4) Voy. par exemple Capit. de 806, cap. 8, Pertz, *Leges*, I, 118. — Capit. de 817, cap. 15, Pertz, *Leges*, I, 213; Boretius, 284.

ordalies est manifestement grossier, brutal et dangereux. On se serait permis parfois de le dire déjà au temps de Charlemagne si les capitulaires n'avaient pas impérieusement ordonné de s'y soumettre avec respect. De son côté l'Eglise protestait contre le combat judiciaire et elle ne tolérait les ordalies qu'à condition d'en prendre la direction. Quant à l'origine de ce moyen de preuve, il faut bien reconnaître aussi qu'il n'était pas propre aux Germains; il s'agit encore là d'une de ces institutions communes à toutes les législations primitives et qui dénotent la barbarie des premiers temps. Quelques peuples seulement ont su se dégager de bonne heure de ce formalisme grossier et étroit. Ainsi chez les Juifs, on ne pratiquait le jugement de Dieu que contre la femme accusée d'adultère (1). La procédure criminelle des Hébreux était tout à fait remarquable. Dès qu'un crime avait été commis, l'auteur présumé était mis en état d'arrestation et l'accusateur le poursuivait devant le trinal compétent. La preuve était d'ailleurs considérée comme une charge et elle incombait à l'accusateur (2). On la faisait au moyen d'écrits et de témoins; mais la loi de Moïse, une des premières, posa la règle qui a été plus tard longtemps observée parmi nous : *testis unus, testis nullus.* « Un seul témoin, dit le Deutéronome, ne suffira pas contre quelqu'un, quelle que soit la faute ou le crime dont on l'accuse; mais tout sera décidé sur la déposition de deux ou trois témoins (3). » L'accusé était toujours soigneusement interrogé, mais d'ailleurs son aveu ne suffisait pas pour faire preuve contre lui. Enfin les débats étaient oraux ou publics. Nous sommes loin, comme on le voit, du système de l'époque franque.

En Grèce aussi, les ordalies paraissent avoir disparu de très bonne heure. L'ancienne loi de Gortyne n'en parle pas, bien qu'elle fasse encore allusion au système des coju-

(1) Voy. Dareste, dans le *Journal des savants*, année 1884, p. 308.

(2) Il n'y avait d'exception qu'au cas où un mari accusait sa femme d'avoir perdu sa virginité avant le mariage. *Deutéronome*, XXII, 14 et suiv.

(3) *Deutéronome*, XIX, 15. Cpr. XVII, 6 ; *Nombres*, XXXV, 30.

reurs (1). Dans les lois de Solon, la procédure était organisée avec un grand soin et à l'effet d'arriver à la découverte de la vérité. Le témoignage des personnes libres, citoyens ou étrangers, était le moyen de preuve le plus fréquent; les écrits ne faisaient pas foi par la signature ou le cachet des parties contractantes, mais ils devaient être dressés en présence de témoins et ceux-ci attestaient alors la sincérité en cas de difficulté. Le témoignage des esclaves ne valait qu'autant qu'il était le résultat de la torture. Chaque plaideur pouvait offrir d'y soumettre ses esclaves, et son adversaire avait même le droit de l'exiger. Mais le maître qui gagnait son procès avait droit à une indemnité pour le dommage fait au corps de son esclave. Enfin, à défaut de preuve littérale ou testimoniale, le serment pouvait être déféré au défendeur ou référé par celui-ci au demandeur et dans les deux cas le magistrat décidait quel serait celui des plaideurs qui devait le prêter; mais il n'avait pas le droit de le déférer d'office. D'ailleurs le serment était un acte essentiellement solennel et religieux : il devait être prêté en présence des enfants de celui qui jurait, sur un autel, avec imprécation contre soi-même et toute sa race, au nom des trois dieux qu'on prenait à témoins.

Ce système se retrouve aussi dans le droit romain : la preuve y est considérée comme une charge; elle s'administre ordinairement au moyen de témoins ou d'écrits et, chose remarquable, le juge se détermine d'après son intime conviction.

Pour retrouver le système des ordalies, il faut se reporter au vieux droit de l'Inde. Au civil, la preuve d'une créance se fait d'après le plus ancien droit de l'Inde, par écrit ou par témoins, et, à défaut, au moyen du jugement de Dieu; au criminel, on pratique cinq espèces d'ordalies, la balance, le feu, l'eau, le poison et la libation (2).

(1) Voy. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1886, p. 251.

(2) Voy. Dareste, *Les anciens Codes brahmaniques*, dans le *Journal des savants*, année 1884, p. 81 et 82. Toutes ces ordalies s'accomplissent par le ministère des prêtres et dans des cérémonies religieuses. L'ordalie par la ba-

La loi de Manou consacre également ce système des ordalies et on le retrouve encore même dans le Code de Yajnâvalkyia où toutefois la preuve par témoins et la preuve par écrit occupent une place prépondérante (1).

Nous ne connaissons pas complètement le système de preuve adopté par l'ancienne législation des Perses, mais nous en savons assez pour pouvoir constater que ce peuple recourait aussi aux ordalies; ses anciens monuments juridiques nous font connaître l'ordalie de l'eau (2).

Mais c'est encore dans les anciennes lois scandinaves que se retrouve un système de preuve tout à fait identique à celui des peuples germaniques. L'ancien droit suédois admettait le combat judiciaire; il fut plus tard remplacé par l'épreuve du fer rouge sous l'influence de l'Eglise et cette ordalie s'est conservée jusqu'au XIVe siècle. A cette époque, il n'est plus resté comme moyen de preuve que le serment de la partie et des cojureurs; la preuve par témoins et celle des écrits ne se sont introduites qu'au XVIIe siècle; encore établit-on à cette époque, pour les témoins, le système de la preuve légale qui oblige la justice à compter les témoi-

lance consiste à rechercher à quel degré descend le fléau de cette balance sur laquelle est placé l'accusé. Cette constatation faite, on met sur la tête du patient un écrit relatant le crime qui lui est imputé; si le plateau de la balance que l'accusé n'a pas quitté remonte, la preuve de l'innocence est faite; s'il redescend, l'accusé est reconnu coupable. L'ordalie par le feu consiste à manier une boule de feu ou à traverser un brasier ardent; l'accusé est innocent s'il s'en tire la peau entière. Dans l'ordalie par l'eau, le patient saisit aux jambes un homme qui se tient debout dans cette eau et il s'y plonge au moment où celui-ci lance une flèche qu'un coureur va ramasser. Si l'accusé est encore sous l'eau au moment où ce coureur revient, son innocence est établie. Enfin les deux dernières ordalies, celle du poison et celle de la libation consistent à avaler un liquide réputé mortel ou religieux; l'innocence de l'accusé dépend de l'inocuité de ce breuvage. On voit combien les supercheries étaient faciles, en réalité le résultat des ordalies dépendait des prêtres qui les dirigeaient. Il en fut de même à l'époque franque, comme je l'ai suffisamment établi, dans le tome Ier de mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*.

(1) Voy. Dareste, *Les anciens Codes brahmaniques*, dans le *Journal des savants*, année 1884, p. 88 et 89. Les Institutes de Nârada parlent aussi des ordalies. *Ibid.*, p. 92.

(2) Voy. Dareste, *L'ancien droit des Perses*, dans les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*, t. CXXVI, p. 901.

gnages au lieu de les peser. L'évolution du droit est à peu près semblable en Danemark; la preuve se fait d'abord au moyen du serment ou du duel judiciaire. Celui-ci est pratiqué jusqu'en l'an mille; à cette époque les épreuves par les éléments le remplacent et fonctionnent jusqu'au XIII[e] siècle; puis le serment de la partie et des cojureurs reste seul en vigueur, avec cette restriction toutefois que si le demandeur fait entendre des témoins, le défendeur n'a plus la ressource du serment, mais seulement celle de l'ordalie ou du jury.

Nous possédons des renseignements plus complets sur le droit de la Norvège, mais ils ne diffèrent pas le plus souvent des précédents. A l'époque païenne, la preuve se fait par témoins, par serment et par jugement de Dieu, au moyen du duel. On préfère avant tout la preuve testimoniale, mais un seul témoin ne fait pas preuve; il en faut au moins deux. D'ailleurs on admet certains témoins qui déposent seulement par ouï dire; ils ressemblent singulièrement par plus d'un côté aux témoins de la procédure *per inquisitionem* de l'époque franque, aux témoins de crédence du droit normand, à ceux des enquêtes par turbe pratiquées en France jusqu'à l'ordonnance de 1667 et enfin aux témoins que l'on entend encore parfois aujourd'hui dans les cas rares où le Code civil autorise la preuve par commune renommée. A défaut de témoins, la loi norvégienne permet au défendeur de se justifier par son serment et par celui des cojureurs; enfin, à défaut de serment, on en vient au jugement de Dieu, seulement, à partir de la conversion au christianisme, le combat judiciaire est remplacé par l'épreuve du fer rouge ou de l'eau bouillante. Si nous ajoutons que dans toutes ces législations scandinaves la preuve est considérée comme un avantage et non comme une charge, il faudra bien admettre que sur ce point encore, elles se rencontraient avec l'ancien droit germanique. Mais il n'en faudrait pas conclure avec certaines personnes, que les coutumes germaniques ont exercé une influence quelconque en cette matière. En réalité

les Scandinaves tenaient ces moyens de preuve des institutions primitives de l'humanité. Aussi ne faut-il pas nous étonner de rencontrer encore le duel judiciaire dans les Grágás ; pour ce qui touche aux peuples d'origine celtique, nous nous bornons d'ailleurs à renvoyer à ce que nous avons dit dans notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre* (1).

Enfin, chez tous les Slaves, on rencontre encore ce même système de preuves. Le *manuscrit de la Montagne verte* parle, chez les Tchèques, du fer rouge et de l'eau bouillante et ces ordalies sont pratiquées jusqu'au XIII^e^ siècle ; à partir de cette époque on s'en tient à la preuve résultant du témoignage ou du serment. Mais ces ordalies du fer rouge et de l'eau bouillante se retrouvent aussi dans le vieux droit des Polonais et dans celui des Russes. Quant à l'ancien droit des Slaves méridionaux, il considère comme preuve par excellence le serment de la partie et des cojureurs ; il doit être prêté par l'accusateur s'il a des témoins, par l'accusé dans le cas contraire ; à défaut de serment on en vient au combat judiciaire. D'ailleurs l'ancien statut de 1273 de Mathieu ne parle pas des ordalies par l'eau bouillante ou par le fer rouge, mais on les retrouve dans le Code de Douchan, roi de Serbie, rédigé en 1354 (2).

Par ce qui précède et par d'autres observations antérieures, nous croyons avoir suffisamment montré en quoi consiste cette influence des institutions germaniques dont on a si souvent parlé, que quelques-uns ont eu le tort d'exagérer, que d'autres ont voulu nier purement et simplement.

(1) Voy. l'Appendice du t. III. — Les anciennes lois de l'Islande consacrent le principe du jugement par les pairs ; ceux-ci sont choisis par le seigneur et non pas par les plaideurs auxquels la loi se borne à reconnaître le droit de récusation. L'unanimité des pairs est exigée ; autrement l'affaire va au tribunal supérieur où la simple majorité suffit. Au XI^e^ siècle et sous l'influence de l'Église, on essaya de remplacer le combat judiciaire par les autres ordalies, mais cette tentative ne réussit pas. Cpr. Dareste, *Les anciennes lois de l'Islande*, dans le *Journal des savants*, année 1881, p. 492 et 493.

(2) Voy. sur ces derniers points Dareste, *Mémoire sur l'ancien droit slave*, dans le *Journal des savants*, année 1885, p. 413, 419, 653, 659 ; année 1886, p. 77 et 82.

Cette influence ne saurait être sérieusement contestée; elle s'explique par ce seul fait que les Barbares venus de l'autre côté du Rhin se sont établis en masses plus ou moins importantes sur le sol de la Gaule. Ils ont apporté avec eux certains usages, mais c'étaient en général des institutions primitives, grossières et brutales et qui n'avaient même aucun caractère d'originalité, car on les retrouve partout aux époques les plus anciennes de l'humanité. Nous allons en donner une nouvelle preuve en nous occupant du droit pénal sous la période franque.

Certains savants ont voulu reconnaître à la procédure franque un mérite d'une toute autre nature, son formalisme protecteur des droits des particuliers. Nous avons constaté, en effet, que cette procédure était, surtout dans la loi salique, hérissée de formalités rigoureuses, aussi bien de la part des juges que de la part des plaideurs, et qu'il fallait observer à peine de déchéance. On a vu dans ce formalisme une qualité remarquable; le législateur, a-t-on dit, s'était proposé par ce moyen de mieux protéger les droits des plaideurs. D'ailleurs, le même mérite a été reconnu et les mêmes éloges ont été adressés à l'ancienne procédure française de l'époque féodale. Elle avait, dit-on, le grand avantage de ne pas placer l'individu en tutelle et de ne pas le mettre sous la dépendance des gens de loi (1). Une pareille assertion est, à notre avis, le contraire de la vérité. Lorsqu'une procédure se montre formaliste, c'est alors surtout que les simples particuliers sont véritablement à la discrétion des gens de loi.

(1) « Il est facile de dire que le fond doit être mis au-dessus de la forme; mais il n'est pas indifférent de savoir par qui et comment. En France et ailleurs il vint un temps où s'affranchissant du formalisme germanique, on mit, on crut mettre le fond au-dessus de la forme. Mais, avec le respect de la forme, est tombée l'énergie de la volonté collective et la société s'est habituée à voir l'État conduire et diriger d'office l'individu dans les diverses phases de la vie, à peu près comme, dans l'ancien droit de Lille, l'emparlier, sur l'invitation qui lui en était faite, guidait au serment la main de la femme, *parceque femme est de hastive et de vollage corage.* » Brunner, *La parole et la forme dans l'ancienne procédure française*, traduit en français dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouvelle série, t. I, p. 560.

Nous en aurons la preuve en étudiant la procédure féodale. Lorsqu'on veut mettre les parties en état de plaider elles-mêmes leur cause, il faut s'attacher au contraire à dégager la procédure de tout formalisme embarrassant et compliqué. Cette vérité est d'une telle évidence que nous ne croyons pas nécessaire d'insister. Nous aimons mieux nous demander si cette prétendue qualité, résultant du formalisme, est un attribut du génie germanique. Pour donner la preuve du contraire, il suffit de prendre des exemples à diverses époques et parmi des peuples différents. Les travaux les plus récents, relatifs aux institutions primitives, montrent que, dans les sociétés des premiers peuples, la justice est rendue par de simples particuliers qui sont plutôt des arbitres que des juges; la procédure y est entourée d'un formalisme rigoureux (1). Mais ce n'est pas tout; il est un fait plus curieux encore à relever : c'est que ce formalisme est observé même parmi des peuples arrivés à un complet degré de civilisation. Ainsi à Rome la procédure formulaire réalisa un progrès considérable sur celle des *legis actiones*, et cependant elle était encore embarrassée dans un certain formalisme. Le magistrat rédigeait une formule nécessairement composée d'un certain nombre de parties où chaque phrase, chaque mot avait un sens propre qu'il n'était pas permis de modifier. De nos jours encore, la procédure en cour d'assises n'est pas autre et nous avons le tort de ne pas y faire assez attention. Toute cette longue instruction faite par le ministère public et par un juge, la procédure de la chambre des mises en accusation, les débats mêmes à l'audience de la cour d'assises, ont pour seul et unique but d'amener le jury à répondre par oui ou non à des questions sacramentelles qui lui sont posées sur l'existence du crime et sur les circonstances qui peuvent en atténuer ou en augmenter la gravité. Quelle est donc la véritable cause de ce formalisme qu'on retrouve à des époques si diverses? C'est le jury civil.

(1) Nous nous bornerons à renvoyer sur ce point aux travaux de MM. Sumner, Maine, Dareste et autres.

Dans tous les temps et dans tous les pays où les simples particuliers sont appelés à prendre part à l'administration de la justice, leur ignorance de la loi impose au législateur la nécessité d'entourer la procédure d'un complet formalisme; c'est le seul moyen d'éviter l'arbitraire et d'assurer l'application de la loi. Il faut imaginer des formalités d'autant plus nombreuses qu'on veut réduire la mission du juge à une question simple et claire. Toutes ces complications deviennent au contraire inutiles lorsque le juge est un homme de loi. Sa connaissance même du droit lui suffit pour se conduire et se diriger. Ainsi s'explique le formalisme de la loi salique à une époque où la justice était rendue par les rachimbourgs. Les scabins, hommes de loi, les ayant remplacés sous les Carolingiens, la procédure, comme nous l'avons constaté, perdit une partie de sa rigueur primitive. Mais avec la féodalité s'organise le système du jugement par les pairs; les simples particuliers, seigneurs, vassaux, bourgeois, viennent de nouveau siéger dans les cours de justice. Tout aussitôt le formalisme reparait. Il lui faudra ensuite beaucoup de temps pour disparaître, mais ce progrès se réalisera lorsque la justice aura été de nouveau confiée à de véritables magistrats. Toutefois la procédure demeurera plus longtemps formaliste en Normandie que dans les autres provinces, à cause du maintien du jury civil sous l'influence des institutions anglaises. Aujourd'hui encore la procédure anglaise conserve ce caractère à cause de la participation des simples particuliers au jugement des procès civils. Mais il s'est fait en Angleterre un véritable mouvement contre le jury civil, cause de ce grave défaut. Ce devrait être un salutaire avis pour ceux de nos réformateurs qui demandent d'introduire en France le jury civil. Avant de réformer nos institutions, ils agiraient sagement en consultant l'histoire; peut-être se tromperaient-ils encore, mais tout au moins n'auraient-ils plus commencé par là.

---

## CHAPITRE XI.

## Le droit pénal.

---

### § 48. — BASES DU DROIT PÉNAL, LE DROIT DE VENGEANCE ET LA COMPOSITION.

Nous avons constaté déjà que le droit pénal parcourt dans le développement des institutions humaines plusieurs étapes successives. Il se manifeste d'abord sous la forme brutale du droit de vengeance, ce qui produit un état continuel de guerres privées entre les hommes. Puis ensuite, pour rendre les pillages et les meurtres moins fréquents, on en vient au système des compositions; le coupable qui transige avec l'offensé ou sa famille peut éviter la guerre. C'est plus tard seulement que se substitue à la notion d'un dommage privé, celle d'un tort public envers la société. Mais les premières peines, à l'image des compositions qui les ont précédées, sont purement pécuniaires. Les peines corporelles n'apparaissent qu'en dernier lieu, et réalisent ainsi un nouveau progrès.

Les études récentes de législation comparée permettent d'établir l'universalité de ce droit de vengeance dans les institutions primitives de l'humanité. Chez les peuples de l'Orient, ce droit a disparu de bonne heure parce que l'État s'y est organisé sur des bases solides. Ainsi, dans les plus anciens codes brahmaniques, on constate déjà l'existence des peines corporelles, considérées comme mode d'expiation envers la divinité ou comme moyen de garantir la paix sociale. Mais à côté des peines corporelles telles que la mort, les mutilations, l'exil, les amendes sont très fréquentes et le législateur les organise d'après un tarif qui est

certainement une preuve de l'existence antérieure des compositions. Dans les lois de Manou, le système des peines, tel que nous le comprenons aujourd'hui, apparait très nettement. Chez les Hébreux aussi, le droit de vengeance disparait de bonne heure; Moïse supprime le prix du sang, c'est-à-dire le pacte qui intervenait autrefois entre les deux familles, celle de l'offenseur et celle de l'offensé, pour empêcher l'exercice du droit de vengeance; il proclame aussi la personnalité du crime contre le système antérieur de la solidarité de famille; mais on trouve cependant encore chez les Juifs des traces des anciens usages, des compositions. Ainsi celui qui frappe une femme enceinte encourt la peine de mort si cette femme décède; dans le cas contraire, il doit une indemnité fixée par arbitre. Le séducteur d'une vierge paie au père à titre de composition une somme égale à celle qu'on donne à une fille pour la marier. En cas de coups et blessures, le coupable peut aussi se racheter par le paiement d'une composition (1). Dans l'ancienne législation des Perses, le droit de vengeance s'est conservé bien plus longtemps et, à vrai dire, il n'a pas complétement disparu de nos jours; la famille de la victime est solidaire pour la poursuite du crime comme celle du coupable est solidaire pour le paiement de la composition (2). Mais c'est surtout dans les pays du nord de l'Europe, chez les Scandinaves, en Islande et aussi parmi les Slaves, que se sont conservés, pendant de longs siècles, le droit de vengeance, le système des compositions et la solidarité de la famille. Les anciennes lois de la Suède commencent par punir toutes les infractions au moyen de compositions et elles contiennent à cet effet des tarifs qui présentent de frappantes ressemblances avec ceux de la loi salique; le droit de vengeance existe sauf cependant pour les crimes commis contre la propriété; plus tard seulement ce droit et les compositions sont supprimés pour les crimes les

(1) Voy. sur ces différents points, *Genèse*, IX, 5 et 6; *Nombres*, XXXV, 31; *Deutéronome*, XXIV, 16; *Exode*, XXI et XXII.

(2) Voy. à cet égard, Dareste, *L'ancien droit des Perses*, dans les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*, t. CXXVI, p. 909 et suiv.

plus graves et remplacés par la peine de mort en même temps qu'on crée des attentats contre la paix du roi. En Danemark, les vieux usages déclarent la famille responsable des crimes des siens et lui reconnaissent par réciprocité droit à une partie de la composition. Celle-ci se répartit en trois tiers, un pour la victime, un autre pour sa famille paternelle, le dernier pour sa famille maternelle et du côté du coupable le partage se fait de la même manière pour le paiement de la dette. Mais on exclut le droit de se soustraire au châtiment par le paiement de le composition, s'il s'agit d'un crime atroce. De même, chez les habitants de la Norvège, la famille de l'offensé est créancière solidaire du droit de vengeance comme celle du coupable est débitrice du prix du sang, lequel varie suivant le nombre des parents qui y ont droit. D'ailleurs l'amende va aussi en partie à l'État. On retrouve encore ici un tarif des compositions tout à fait semblable à celui de la loi salique. Celui qui ne peut pas acquitter l'amende est mis hors la loi, ce qui entraîne pour lui confiscation de tous ses biens. Enfin la composition n'est pas admise pour les crimes les plus graves.

Les Celtes aussi se formaient les mêmes idées sur le crime et sur la peine sauf quelques différences de détail. Ainsi les Grágás reconnaissent le droit de vengeance même à l'esclave, quoiqu'il soit une chose, s'il se plaint du meurtre de sa femme et il a droit au tiers de l'amende due à son maître par celui qui l'a maltraité. Toutefois la composition, au lieu d'être réglée à l'avance par la loi, est fixée dans l'assemblée judiciaire par douze jurés.

Enfin chez les Slaves du Nord ou du Midi, nous constatons encore un état de choses tout à fait semblable. Le manuscrit de la Montagne Verte parle de la solidarité de la famille, du droit de vengeance, des compositions chez les Tchèques. Les anciennes lois polonaises contiennent aussi des tarifs de composition très complets et lorsqu'elles établissent des peines, celles-ci sont presque toujours pécuniaires. Dans l'ancien droit de la Lithuanie, le coupable encourt en cas de

meurtre à la fois la peine de mort et le prix du sang, de sorte que la nouvelle et l'ancienne peine se cumulent et le soin de poursuivre le coupable incombe aux membres de la famille de la victime d'après leur degré de parenté. Est-il besoin d'ajouter qu'aujourd'hui encore, chez certains Slaves méridionaux, le droit de vengeance n'a pas complétement disparu?

Ces préliminaires établis, on ne s'étonnera pas de rencontrer tout ce système chez les Germains et il faudra bien en même temps reconnaître qu'en le pratiquant ils étaient simplement restés fidèles à une tradition commune à la vieille humanité, mais n'avaient sous aucun rapport créé des usages propres à la race.

Tacite et d'autres historiens romains avaient déjà remarqué que chez les Germains le citoyen avait le droit de se venger lorsqu'il était victime d'un délit (1). Mais le coupable pouvait échapper à la vengeance en payant la composition. Celle-ci consistait dans une somme d'argent due en partie à la victime ou sa famille. Ce qui revenait au fisc s'appelait *fredum*, du mot *fred*, qui signifie paix publique. Le *fredum* était donc la partie de la composition due à raison du trouble porté à la paix publique, c'était une véritable peine, une peine pécuniaire, une amende dans le sens exact de ce mot. La seconde partie de la composition, comprenant le plus souvent les deux tiers, était payée à la victime ou à sa famille et elle portait le nom de *faida*. Elle retirait à la victime le droit de se venger. Celui qui n'aurait pas tenu compte de cette interdiction serait devenu lui-même un criminel (2). Nous

(1) Tacite, *Germanie*, § 21. — Velleius Paterculus, II, 118. — Pomponius Mela, III, 3.

(2) Les Grágás prononcent contre lui d'épouvantables malédictions : « Si quelqu'un était assez insensé pour rompre par un meurtre la foi donnée à son adversaire, qu'il soit maudit de Dieu et banni de toute réunion où Dieu est honoré, aussi loin que les hommes poursuivent les loups, que les chrétiens vont au temple, que les païens fréquentent leurs sanctuaires, que les femmes enfantent, que l'enfant appelle sa mère, que le feu pétille, que le sapin pousse sa tête vers les nues, que le faucon vole au printemps, quand un vent propice l'emporte sur ses deux ailes.» *Hin forna lögbok islendinga sem nefnist. Grágás*, éd. et trad. de Schlegel, t. II, p. 170. — Comp. Edit de Rotharis, chap. 143.

rappellerons qu'en vertu du principe de la solidarité de la famille, le droit de vengeance et le droit de composition n'appartenaient pas seulement à la victime, mais aussi aux membres de sa famille (1).

Il est assez difficile de déterminer d'une manière précise ce qu'est devenu le système du droit de vengeance et des compositions au moment des invasions et dans les lois barbares. Certaines lois barbares ne parlent pas du droit de vengeance ni de la composition; elles prononcent seulement des peines ordinaires telles que la mort. Ainsi la loi des Burgondes punit de mort l'homicide, le vol avec effraction, le vol de chevaux ou de bœufs (2). Elle ne parle de composition que pour le cas de légitime défense ou si la victime du meurtre n'était pas un homme libre (3). La loi des Ostrogoths est plus absolue et ne mentionne jamais la composition : elle prononce la peine de mort contre l'homicide, le vol qualifié, le vol d'esclave, le faux témoignagne, la violation de sépulture (4). Quant aux lois des Visigoths, il faut faire une distinction : l'ancienne loi ne prononce que la peine de mort; les lois nouvelles, celles des rois du VII^e siècle mentionnent au contraire la composition (5). Que faut-il conclure du silence de ces lois? Dira-t-on qu'elles avaient supprimé le droit de vengeance et la composition pour établir un système de pénalité semblable à ceux qui fonctionnent aujourd'hui? Ira-t-on plus loin et prétendra-t-on que chez ces peuples le droit de vengeance et la composition étaient tombés depuis longtemps dans l'oubli? Ces deux solutions sont, à notre avis, inadmissibles l'une et l'autre.

Si nous passons maintenant à l'examen de la loi salique, nous constatons qu'au contraire cette loi n'est à vrai dire qu'un

(1) Cpr. Tacite, *Germanie*, § 21. — Loi salique, tit. LXII.

(2) Loi des Burgondes, tit. II, § 1 et 4, tit. XXIX, tit. XLVII.

(3) Loi des Burgondes, tit. II, § 2; tit. L, § 1 et 2.

(4) Edit de Théodose, chap. 38, 41, 56, 78, 91, 110.

(5) Loi des Visigoths, VI, 4, 2 ; VI, 5, 18. — Une loi de Chindasuinte admet au contraire pour le cas d'homicide le droit de vengeance de la partie, à moins qu'il n'y ait eu homicide involontaire, auquel cas la composition est obligatoire pour la famille de la victime.

tarif de compositions. Sous ce rapport notre loi présente même de très remarquables analogies avec les anciennes coutumes écrites de la Suède, de la Norvège, de la Pologne et de la Russie. C'est aussi la composition qui domine dans la loi des Ripuaires. Cependant ces deux lois parlent, mais rarement d'ailleurs, de la peine de mort (1) et encore est-ce ordinairement sous une forme indirecte, sous celle de la composition de la vie (*de vita se componere aut se redimere*) (2). Quel était alors bien exactement le système de ces lois ? D'après Montesquieu et les publicistes de son école, la loi salique aurait purement et simplement supprimé le droit de vengeance et rendu la composition obligatoire (3). Dans une seconde opinion, la loi salique a maintenu le droit de vengeance : celui qui avait été victime d'un délit pouvait toujours se venger et n'était jamais obligé d'accepter la composition qui était le rachat du droit de vengeance (4). Pardessus a proposé une troisième opinion qui compte aujourd'hui de nombreux partisans (5) : le droit de vengeance existait encore au temps de la loi salique, mais seulement pour le meurtre et les crimes les plus graves ; dans tous les autres cas, la partie lésée n'avait que le droit de s'adresser à la justice et était tenue de se contenter de la composition légale.

*A priori*, il semble difficile de comprendre que la loi sa-

(1) Loi salique, tit. L, LI, LVIII ; Pardessus, p. 28 et 32. Voy. aussi tit. XXII et XIV, § 6; Pardessus, p. 10 et 13. — Loi des Ripuaires, tit. LXIX et LXXIX.

(2) *De vita componere, se redimere,* signifient que le coupable doit payer une composition égale à celle qui aurait été donnée pour sa propre vie, s'il avait été mis à mort. Mais dans le cas de *chrenechruda* (tit. LXI, Pardessus, p. 317), il ne peut être question pour le débiteur de se racheter, puisqu'il est insolvable et on en conclut alors que *de vita componere,* signifie bien payer de sa vie, c'est-à-dire être mis à mort. Cpr. Grégoire de Tours, Liv. VI, § 36. — Décret de Chidebert II, § 5 et 7, Boretius, 16.

(3) *Esprit des lois,* liv. XXX, chap. 19 et 20. — Voy. aussi de Courcy, *Mémoire sur l'état des personnes sous la première et la seconde race des rois français.*

(4) En ce sens Rogge, *Ueber das Gerichtswesen der Germanen,* p. 1, 21 et suiv. — Kostlin, *Das Germanische Strafrecht,* p. 380 et suiv.

(5) Pardessus, *Loi salique,* p. 654 et suiv. — Voy. dans le même sens Waitz, *Verfassungsgeschichte,* t. I, p. 437 et suiv., 3e édit. — Walter, *Deutsche Rechtsgeschichte,* § 704. — Siegel, *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens,* p. 9 et suiv.

lique n'ait pas admis le droit de vengeance. C'est une des plus anciennes lois barbares, elle a été rédigée alors que les Francs étaient encore païens et avant leur établissement définitif sur le territoire de la Gaule romaine. On ne saurait donc prétendre que le droit de vengeance a disparu de la loi salique sous l'influence de la civilisation romaine ou sous celle de l'Eglise. Ce qui préoccupe surtout le législeur salien, c'est d'assurer la paix publique et rien n'est plus propre à la troubler que le droit de vengeance, surtout s'il échappe à toute disposition légale. On ne songe donc pas à supprimer ce droit, mais à le réglementer. Plusieurs articles de la loi salique ont précisément cet objet. Ils organisent le droit de vengeance ou punissent ceux qui n'observent pas les dispositions de la loi. Ainsi ce droit doit s'exercer au grand jour; celui qui tue un criminel est tenu d'exposer le cadavre du coupable pour que chacun ait connaissance du fait et qu'on ne puisse prétendre à l'existence d'un crime. Le Franc Salien placera le cadavre sur un échafaud ou le suspendra à une potence ou bien encore il coupera la tête du mort et l'exposera sur un pieu au bord du chemin. Le Ripuaire appelle des témoins, leur raconte le meurtre qu'il vient de commettre en vertu de son droit de vengeance et expose le cadavre du criminel sur un échafaud dans un carrefour. Le Bavarois fait part à ses voisins, dans une formule consacrée, du meurtre qu'il s'est permis pour se venger (1). Plusieurs textes des Francs font allusion à ces usages. Celui qui achève de tuer l'homme exposé dans un carrefour par ses ennemis qui lui ont coupé les mains et les pieds, doit payer cent sous (2); il n'a pas en effet le droit de vengeance; mais on remarquera qu'il n'est plus question de punir ceux qui ont coupé les pieds et les mains, car ils ont agi dans l'exercice de leur droit. Deux autres textes punissent l'homme qui, sans la permission du juge, enlève de l'échafaud le cadavre ou la

(1) Loi des Ripuaires, tit. LXIX. — Décret de Tassillon, IV, 3.
(2) Loi salique, tit. XLI, § 8 (Pardessus, p. 23).

tête du coupable exposée par son ennemi (1). Ce ne sont pas seulement les textes législatifs, mais encore ceux des chroniqueurs qui nous font connaître l'existence du droit de vengeance (2). Grégoire de Tours rapporte plusieurs épisodes du droit de vengeance et parle même parfois de la publicité dont il était entouré (3).

Il n'est pas sans intérêt de rechercher dans quelle circonstance intervenait ce droit de vengeance. Les textes y font presque toujours allusion à l'occasion d'un homicide : il est permis de venger le meurtre. Grégoire de Tours nous parle de ces vengeances comme parfaitement licites : il trouve tout naturel que l'héritier du mort tue l'assassin et disperse ses membres le long du chemin (4). Il semble bien aussi que le droit de vengeance existait au profit du mari en cas d'adultère de sa femme : il pouvait se venger sur elle et sur son complice. Ce qui parait bien le prouver, c'est le silence même que garde la loi salique pour la composition qui pourrait être due en pareil cas : le droit de vengeance est si absolu, qu'il ne peut même pas être arrêté par une composition. Plusieurs passages de Grégoire de Tours nous en donnent aussi la preuve. Ce droit appartenait au mari d'après ces passages,

(1) On lit dans une disposition additionnelle à la loi salique attribuée parfois à Clovis, plus tard intercalée dans la *lex emendata* : « Quiconque enlèvera un homme de l'échafaud (*bargus*) ou de la potence sans l'ordre du juge, sera déclaré coupable pour 1800 deniers qui font 45 sous (Merkel, *Novellæ*, p. 81). Le second texte, probablement de la même époque et également admis dans la *lex emendata*, porte que : « Quiconque enlève une tête d'homme de l'échafaud (*bargus*) ou de la potence, sans l'ordre du juge, sera déclaré coupable pour 1800 deniers qui font 45 sous (Merkel, *Novellæ*, p. 81). Voy. aussi un fragment attribué à Childebert I[er] dans Pertz, *Leges*, II, p. 9 et loi des Ripuaires, tit. LXXIX.

(2) Dans la procédure de la *chrenecruda*, le débiteur d'une composition qui ne peut pas payer transmet, comme nous l'avons vu, sa dette à ses parents et si ceux-ci ne veulent pas la prendre à leur charge, il est mis hors la loi, de sorte qu'on peut le tuer impunément. D'après certains auteurs, c'est là une sorte de droit de vengeance qui reparait à défaut du paiement de la composition. On peut toutefois contester l'exactitude de cet argument en faisant remarquer que le droit de mettre à mort l'homme placé hors la loi n'appartient pas seulement à la victime du délit et à sa famille, mais à tout le monde.

(3) Liv. VII, § 49 ; liv. VIII, § 18 et 20 ; liv. IX, § 19.

(4) Grégoire de Tours, liv. III, § 6 et liv. V, § 6.

même s'il y avait eu simple tentative (1). Plusieurs lois barbares n'accordent le droit de vengeance au mari qu'en cas de flagrant délit, mais on ne trouve rien de semblable dans la loi salique ni dans Grégoire de Tours (2). A plus forte raison le droit de vengeance existait-il s'il y avait eu viol ou rapt d'une femme mariée : le crime était en effet plus grave dans ce cas et Grégoire de Tours nous montre l'exercice du droit de vengeance dans ces circonstances (3). La violation de sépulture était un attentat à la fois contre la famille et la paix publique. Aussi celui qui s'était permis un pareil crime pouvait, tant qu'il n'avait pas apaisé la famille, être mis impunément à mort, non seulement par les parents du défunt, mais même par toute autre personne ; en un mot, il était mis hors la loi et on l'appelait *wargus* (4).

Il est difficile de dire si le droit de vengeance était permis en cas de vol par la loi salique. La loi des Thuringiens autorise à mettre à mort le voleur pris en flagrant délit (5). D'autres lois barbares exigent outre le flagrant délit d'autres circonstances, par exemple la nuit, la résistance du voleur, l'effraction, le refus de se laisser arrêter (*ligare*) (6). La loi salique ne s'explique pas sur cette question et on ne trouve de renseignements que dans les textes postérieurs. Un décret de Childebert II (chap. 7) de 596 permet de mettre à mort le voleur, mais peut-être s'agit-il d'un voleur déjà condamné et

(1) Grégoire de Tours, liv. V, § 33 et liv. VI, § 36.

(2) Loi des Ripuaires, tit. LXXIX. — Loi des Bavarois, tit. VIII, § 1 et 2. — Loi des Burgondes, tit. LXVIII. — Lois de Rotharis, chap. 213. — Loi des Visigoths, liv. III, tit. 4, § 1, 3, 4, 9, 13.

(3) Grégoire de Tours, liv. X, § 8. Quant aux attentats contre les filles ou femmes non mariées, on en est réduit, dans le silence des textes, à de simples conjectures. La loi des Ripuaires (tit. LXXVII) ne permet au père de tuer l'homme coupable d'un attentat à la pudeur sur la personne de sa fille qu'en cas de flagrant délit et si le coupable refuse de se laisser arrêter (*ligare*) et conduire en justice, mais ce n'est là que l'application du droit commun.

(4) Loi salique, tit. LV, § 2 (Pardessus, p. 31). — Loi des Ripuaires, tit. LXXXVII, § 2.

(5) Loi des Thuringiens, tit. VII, § 4.

(6) Loi des Visigoths, II, 16 et VII, 1. — Loi des Bavarois, tit. VIII, chap. 5. — Loi des Burgondes, tit. XXVII, § 9 et tit. XXIX. — Lois de Rotharis, chap. 32 et 33. — Loi des Frisons, tit. V, § 1. — Loi des Saxons, tit. XXXII.

qui essaye d'échapper au jugement, car le même texte punit aussi de mort le juge qui le relâche (1). Un décret de Clotaire II (chap. 22) (2) est au contraire tout à fait précis: il défend de mettre le voleur à mort s'il n'est pas surpris en commettant le vol. On a donc le droit de le tuer en cas de flagrant délit. Ce flagrant délit suffit-il ou faut-il encore d'autres circonstances, par exemple la nuit? Le décret de Clotaire II n'exige que le flagrant délit, mais une formule semble bien supposer que le crime a été commis pendant la nuit (3). Sous les Carolingiens, il est certain que le flagrant délit à lui seul suffit pour autoriser l'exercice du droit de vengeance (4).

Nous pouvons après examen de tous ces textes décider que le droit de vengeance est consacré par la loi salique, mais seulement dans certains cas : le meurtre, différents attentats à l'honneur des familles, peut-être le vol avec flagrant délit. Dans tous les autres cas, il y a lieu à composition. Mais ici se présente alors de nouvelles difficultés. La composition est-elle obligatoire ou facultative? Pas de doute si les deux parties s'accordent et consentent d'un commun accord à terminer le différend par le paiement d'une somme d'argent : il y a en pareil cas une véritable transaction entre deux particuliers. Il va sans dire que cette transaction est abandonnée à la libre appréciation des contractants. On n'est pas obligé de prendre comme base du contrat le montant de la composition tel qu'il est fixé par la loi salique; rien ne s'oppose à ce que l'on adopte une autre somme, supérieure ou inférieure. A proprement parler, la composition ainsi entendue n'est plus une institution propre aux Barbares. Chez tous les peuples et à toutes les époques on a toujours admis qu'une difficulté entre particuliers peut se terminer par un contrat de ce genre. Aussi la composition ainsi comprise se

(1) Pertz, *Leges*, I, 10; Boretius, 16.
(2) Pertz, *Leges*, I, 15; Boretius, 23.
(3) Rozière, form. 491.
(4) Capit. de Charles le Chauve, de 853, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 424. — Capit. de Carloman, de 884, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 553.

rencontre-t-elle déjà chez les Romains qui lui donnent même ce nom à l'époque classique (1). Les constitutions impériales permettent en effet, sauf certaines exceptions, de transiger même en matière de crime (2). Il semble bien que ces transactions étaient devenues très fréquentes à ces époques de trouble qui précédèrent l'établissement des Barbares dans l'Empire romain. Comme il devenait difficile d'obtenir justice en s'adressant aux tribunaux, on préférait s'arranger à l'amiable avec le coupable plutôt que de poursuivre une instance dont le résultat était souvent incertain. Les prêtres et surtout les évêques intervenaient dans ces circonstances pour rétablir la paix dans les familles. Un prélat remplaçait le juge criminel, conciliait les parties au moyen d'une *compositio* et un écrit constatait la transaction. C'est ce que nous apprennent notamment deux lettres curieuses de Sidoine Apollinaire (3). Les compositions étaient donc déjà très fréquentes entre les Romains sous l'influence de l'Église lorsque les Barbares s'établirent parmi eux. Aussi ne faut-il pas s'étonner qu'ils aient facilement accepté pour eux-mêmes le système des compositions consacré par les *Leges*. L'influence de l'Église ne fut pas moindre en cette matière sur les Barbares que sur les Romains. M. Fustel de Coulanges a le premier relevé ce fait avec l'importance qui lui appartient (4). On n'avait pas assez observé l'action de l'Église qui a en effet beaucoup contribué à développer le système des compositions. L'Église éprouvait une répugnance marquée pour toutes les peines corporelles, surtout pour la peine de

(1) Ainsi la loi 6 pr., *Ad senatusconsultum Turpillianum*, 48, 16, extraite des Sentences de Paul, porte : « *Ab accusatione desistit, qui cum adversario suo de compositione ejus criminis, quod intendebat, fuerit locutus*.

(2) Voy. à cet égard la Const. 18, *De transactionibus*, 2, 4.

(3) Liv. V, lettre 7 et liv. VI, lettre 3 de l'édition Baret. Voy. sur ce point Esmein, *Sur quelques lettres de Sidoine Apollinaire*, dans la *Revue générale de droit*, t. IX, p. 301 et suiv.

(4) Voy. ses *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 470 et suiv.

Ce passage a été mal compris par certaines personnes qui ont reproché à M. Fustel de Coulanges d'avoir écrit que l'Eglise avait inventé le système des compositions. Jamais l'éminent historien n'a commis une pareille erreur.

mort. Elle fit donc de constants efforts pour remplacer ces peines par des compositions et des pénitences (1).

Ces observations ne sont pas sans utilité pour la solution des problèmes qu'il nous faut maintenant aborder. Nous avons constaté que plusieurs lois barbares ne parlent pas des compositions. Est-ce à dire qu'elles les auraient exclues pour admettre purement et simplement ou le droit de vengeance, ou les peines corporelles ordinaires? Nous verrons que toutes les lois barbares, même celles qui consacrent les dispositions les plus complètes à la composition, parlent aussi des autres peines. Dès lors si les compositions n'excluent pas les peines ordinaires, on peut bien admettre aussi par réciprocité et en sens inverse que les peines ordinaires n'excluent pas la composition; il s'agira seulement de rechercher de quelle manière se combinent ces différentes pénalités. De ce que certaines lois barbares parlent seulement des peines ordinaires, il n'est donc pas permis de conclure que la composition était inconnue dans les pays où elles s'appliquaient. Il serait bien étrange que le clergé n'eut pas fait aussi dans ces mêmes pays tous ses efforts pour remplacer les peines corporelles par la composition. On ne saurait pas non plus prétendre sérieusement que ces lois en parlant des peines corporelles aient exclu d'une manière absolue le droit de vengeance. Ce droit était trop conforme aux mœurs du temps pour qu'on puisse admettre sa disparition complète chez certains peuples, alors que chez d'autres il s'exerçait avec une grande énergie. Il faudra seulement rechercher de quelle manière ce droit de vengeance, comme aussi la composition, pouvait se combiner avec le système des peines ordinaires.

Si certaines lois barbares gardent le silence sur la composition, c'est uniquement parce qu'elles entendent la laisser sous l'empire de l'usage non écrit. Elles veulent probablement que cette composition soit purement facultative et que

(1) Voy. à cet égard Fustel de Coulanges, *op. et loc. cit.* Cpr. ce que nous avons dit des livres pénitentiels.

le montant en soit fixé par la libre convention des parties ou, en cas de procès, par les rachimbourgs.

Les rédacteurs de la loi salique ont craint que les compositions purement facultatives de la part des parties, ne fussent insuffisantes pour prévenir les troubles à la paix publique. Ils ont constaté les inconvénients qu'avait produits le système antérieur à cette loi et qui consistait à laisser les rachimbourgs juges souverains du montant de la composition. Aussi semble-t-il bien qu'ils aient entendu rendre la composition fixe et obligatoire pour les parties comme pour les rachimbourgs. En d'autres termes, l'offensé était obligé d'accepter le montant de la somme offerte par l'offenseur; il ne pouvait pas s'y refuser sous prétexte qu'il préférait l'exercice du droit de vengeance. En cas de procès, les rachimbourgs ne fixaient plus le montant de la composition, mais appliquaient le chiffre établi par la loi salique. Comment expliquer autrement les textes si nombreux de la loi salique et les tarifs si variés qu'elle renferme? On a dit avec raison que la loi salique était avant tout un immense tarif de composition. Quelle serait alors l'utilité de cette loi si la composition exigeait l'accord des parties ou si le chiffre pouvait en être modifié par les rachimbourgs? Il aurait mieux valu imiter l'exemple d'autres lois barbares et n'en pas parler. A quoi bon fixer le chiffre dû par l'offensé si l'offenseur peut en exiger un autre plus élevé? En un mot il n'est plus possible d'expliquer les dispositions de la loi salique si la composition est facultative; elles n'ont un sens vraiment sérieux que si l'offensé a le droit de se libérer par le paiement de la somme que détermine la loi salique, sauf à s'adresser aux rachimbourgs s'il y a procès, par exemple, si l'on n'est pas d'accord sur la nature du fait. On remarquera d'ailleurs que cette loi a toujours eu le soin de fixer une somme très élevée afin que l'offensé n'éprouvât aucun regret de la perte du droit de vengeance.

Certains auteurs, tout en admettant que l'offensé n'avait pas le droit de refuser la composition offerte par l'offenseur,

ont prétendu que celui-ci n'était pas obligé d'offrir cette transaction, et dans ce cas la guerre privée serait alors devenue inévitable comme auparavant, comme dans les pays où la composition était demeurée facultative pour les deux adversaires. On voit sans peine le danger de cette solution : l'offenseur puissant aurait pu refuser impunément la composition à l'offensé (ou à sa famille), si celui-ci n'avait pas été assez fort pour engager la guerre. A vrai dire, il aurait mieux valu à ce compte laisser la composition facultative de part et d'autre. La loi salique n'a pas prévu directement le cas auquel nous faisons allusion. Mais était-il nécessaire d'en parler et le droit commun ne suffisait-il pas? L'offenseur n'était après tout qu'un débiteur *ex delicto*. Or, il était de principe que dans tous les cas où un débiteur ne voulait pas acquitter sa dette, le créancier avait le droit de l'actionner en justice.

Dès lors si l'offenseur ne consentait pas à acquitter spontanément le montant de la composition fixée par la loi, il pouvait être traduit devant les juges; s'il refusait de comparaître ou d'exécuter le jugement des rachimbourgs, le roi le mettait hors la loi; ses biens étaient confisqués et chacun avait le droit de le mettre à mort. Il ne reprenait sa place dans la société qu'après avoir payé la composition légale (1).

Pour soutenir que la composition était demeurée facultative sous l'empire de la loi salique, on pourrait être porté à faire remarquer que plusieurs capitulaires de Charlemagne se sont attachés à la déclarer obligatoire. Quelle serait l'utilité de ces capitulaires si la composition avait déjà offert ce caractère auparavant? La réponse n'est pourtant pas embarrassante : d'abord, dans un grand nombre de contrées où ne s'appliquait pas la loi salique, la composition était demeurée facultative sous les Mérovingiens. Ensuite, même dans les pays soumis à la loi salique, les dispositions rela-

(1) *Lex salica antiqua*, tit. LVI, Pardessus, p. 31; *lex emendata*, tit. LIX, Pardessus, p. 316. — Pacte de Childebert II et de Clotaire II, chap. 2, Boretius, 5.

tives aux compositions ont toujours été très mal observées. Ainsi s'explique la nécessité des capitulaires de Charlemagne ; mais nous verrons plus loin que parfois ils n'ont pas été plus respectés que la loi salique, tant étaient tenaces ces vieilles coutumes barbares.

Dans la pratique et sous les Mérovingiens on a été porté à considérer la composition comme une sorte de contrat volontaire (1). N'était-ce pas ainsi qu'elle fonctionnait chez les Romains au moment de l'établissement des Francs? L'Église comprenait aussi la composition de cette manière. L'intervention de l'évêque avait lieu pour présider à la rédaction d'un contrat. Il était en effet nécessaire de s'expliquer sur une foule de circonstances, sur l'époque du paiement, sur les garanties à donner au créancier, et aussi de constater la libération du débiteur. En apparence et quant à la forme, la composition se présentait bien comme un contrat. Mais on a commis une erreur en allant plus loin, en considérant la composition fixée par loi comme purement facultative.

Ce qui a pu encore contribuer à l'acceptation de cette erreur, c'est qu'en fait la violence des mœurs portait les Barbares à ne pas tenir compte de l'obligation de composer et à ne pas observer la loi. Malgré les efforts de la royauté et de l'Église, le droit de vengeance continuait à s'exercer entre les familles, parfois même avec une véritable férocité (2). Sans doute, sous l'action de l'Église, on voit parfois le système de la composition respecté, même dans les cas les plus graves (3). Mais les derniers Mérovingiens étaient trop faibles pour pouvoir assurer la rigoureuse application de la loi. Aussi a-t-on dû rappeler sous les Carolingiens que la composition était obligatoire.

Il est hors de doute que le droit de composer appartenait à tous les habitants du pays, aux affranchis comme aux in-

(1) Même en cas de procès, car chez les Barbares le procès tenait du contrat sous plus d'un rapport.

(2) Voy. par exemple, Grégoire de Tours, liv. X, § 25.

(3) Voy. par exemple, Grégoire de Tours, liv. III, § 31 et liv. VII, § 2.

génus, aux Romains comme aux Francs. Nous avons même vu que les Romains ont dû se soumettre sans difficulté à cette législation, car ils avaient déjà, avant l'établissement des Francs et sous l'influence des évêques, plus d'une fois passé entre eux des transactions de cette nature. La loi salique et la loi ripuaire nous apprennent d'ailleurs que la composition est à l'usage de tous et on la retrouve en effet dans les formules romaines, par exemple dans celle de Tours comme dans les autres (1).

D'après M. Fustel de Coulanges, les parties ne pouvaient pas composer sans l'intervention de l'autorité publique. A cet effet elles devaient nécessairement se présenter devant les rachimbourgs dont la mission consistait précisément à fixer le montant de la composition, l'époque du paiement, les garanties et autres clauses du contrat (2). Dans l'opinion du savant auteur, les rachimbourgs ne sont pas des juges, mais seulement des experts; *legem dicere*, ce n'est pas appliquer la loi aux procès, mais seulement fixer le montant de la composition. Nous avons fait connaître les raisons qui nous décident à repousser cette dernière solution et à accepter l'opinion commune suivant laquelle les rachimbourgs sont des juges ordinaires. Nous rappelons que sous l'empire de la loi salique, les rachimbourgs ne peuvent même plus avoir la mission de fixer le montant de la composition, puisque le chiffre en est déterminé d'une manière invariable par la loi. Tout au plus peut-on leur reconnaître ce droit parmi les peuples dont la loi n'a pas statué sur le montant de la composition. Mais il s'agit aussi de savoir si la composition ne peut pas avoir lieu entre les parties sans l'intervention de la justice. Nous remarquerons qu'aucun texte ne pose un principe aussi général. Ceux que l'on cite se réfèrent tous à un seul et même cas, celui de vol. Ils se bornent à dire que le volé ne doit pas composer clandestinement avec

(1) Voy. par exemple, Rozière, form. 465.

(2) Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 484 et suiv.

le voleur, au risque d'être lui-même considéré comme voleur. Il faut que cette composition ait lieu en justice et par conséquent en public. On comprend cette exigence de la loi : elle redoute les fraudes qui auraient pour objet de faciliter les vols. Mais il est important de constater que pareille exigence se rencontre seulement dans le cas de vol (1). Dans les autres, l'intervention de la justice n'est donc pas nécessaire.

Une autre question beaucoup plus délicate et non moins embarrassante est celle de savoir quel est le caractère qu'il faut attribuer à la composition ou vergeld (2). On a voulu la ramener à une amende, à des dommages-intérêts, etc., alors qu'à vrai dire elle présente un caractère propre. Ainsi le vergeld n'est pas une amende dans le sens exact de ce mot, c'est-à-dire une peine pécuniaire attribuée à l'État. Il est en effet payé en majeure partie à la victime du crime; une portion plus faible, ordinairement un tiers, est seule dévolue sous le nom de *fredus* au roi. Nous verrons plus loin quel est le caractère de ce *fredus*. La composition n'est pas non plus une somme attribuée à la partie lésée à titre de dommages-intérêts. Si telle était sa nature, elle ne serait due qu'autant qu'il y aurait eu préjudice et varierait selon l'importance du dommage. Or la loi impose la composition dans des cas où le préjudice est certainement nul et elle en fixe toujours le montant d'une manière invariable, par exemple elle est due en cas de tentative de maléfice restée sans effet; elle est attachée au seul fait de pénétrer dans certains lieux (3). Celui qui vole douze à vingt-cinq têtes de bétail

(1) Loi des Burgondes, tit. LXI. — *Pactus Childeberti et Clotarii*, chap. 3 et 13, Boretius, 5 et 6. — Loi des Bavarois, tit. VIII, § 15.

(2) Certains auteurs prétendent que le mot vergeld provient de *geld*, argent et d'un ancien radical *wer*, analogue au latin *vir*, à l'anglo-saxon *were*, au vieux français *ber*, qui signifie l'homme (Voy. Fustel de Coulanges, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*). A notre avis, le mot est moitié latin, moitié allemand. Les Barbares avaient pris l'habitude de former ainsi une langue juridique nouvelle, comme on en a de nombreux exemples. *Hantradam* vient de l'allemand *hand*, main, et du latin *tradere*, livrer; de même vergeld a peut-être été formé avec l'adjectif *verum* et le nom allemand *geld*. On aurait dit en latin *verum pretium*.

(3) Voy. loi salique, tit. XIX, § 2; tit. XXVII, § 18 et 19 (Pardessus, p. 12 et 15).

paye toujours 63 sous (1); s'il s'agissait de dommages-intérêts, la composition devrait varier avec le nombre des têtes de bétail qui ont été enlevées. En outre nous avons vu que le législateur de la loi salique a toujours eu soin, pour les cas où il y a eu dommage, de fixer le montant de la composition à une somme souvent supérieure au préjudice. Ainsi celui qui dérobe un objet valant 2 deniers doit payer une composition de 15 sous. Le voleur d'un bœuf en paye 35, et celui d'un cheval 30, quoique la valeur ordinaire du bœuf soit de 2 sous et celle du cheval de 6 sous (2). Enfin plusieurs textes de la loi salique ont soin de dire qu'indépendamment de la composition, le coupable doit indemniser la victime du préjudice éprouvé; la composition se distingue donc nettement des dommages-intérêts.

Selon M. Fustel de Coulanges, la composition serait le rachat de la peine (3). Cette opinion suppose que le système des peines corporelles tel que nous le comprenons aujourd'hui formait la base du droit criminel des Barbares (4). Nous pensons au contraire que cette législation avait son point de départ dans le droit de vengeance. C'est ce que nous avons essayé d'établir dès le début. Ce point fixé, il nous semble que la composition devient alors le rachat de ce droit de vengeance. Le coupable éteint le droit de l'offensé de lui déclarer la guerre privée en payant une somme d'argent. Plus les dangers de guerre sont grands, plus la composition s'élève. Aussi celle du Franc est-elle plus forte que celle du Romain qui n'a pas le droit de vengeance. On comprend sans difficulté que les chances de cette guerre soient d'autant plus

(1) Loi salique, tit. III, § 7 (Pardessus, p. 6).

(2) Voy. loi salique, tit. III, § 3; tit. X; tit. XXXVIII, § 1 (Pardessus, p. 5 et 8).

(3) *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 475 et suiv.

(4) Le savant auteur ajoute : « Comme on ne pouvait composer qu'avec le consentement des parents, il est arrivé naturellement que ces parents ont posé leurs conditions. Il a été naturel aussi que le prix de l'accord fût déterminé par la valeur que la victime avait eue de son vivant. Ce principe était certainement celui de la vieille Germanie, et c'est pourquoi chaque personne avait d'avance de son vivant son prix légal que l'on appelait vergeld. Le vergeld n'est pas la même chose que la composition, mais il en indique l'usage. »

nombreuses, que le préjudice éprouvé a été plus considérable. Aussi la composition augmente-t-elle avec ce préjudice. Mais ce n'est pas une raison pour l'assimiler à des dommages-intérêts, car elle n'est pas en rapport direct et nécessaire avec ce préjudice, ni à une peine, car elle est attribuée à un particulier. Le nom même de la part de la composition qui revient au plaignant montre bien qu'il s'agit du rachat du droit de vengeance : on l'appelle *faidus*, parce qu'en la recevant, l'offensé renonce à la vengeance, *faida* (1).

Quant à la part de la composition attribuée au roi, elle porte le nom de *fredus* ou *fredum* et lui est due en sa qualité de gardien de la paix publique (2). L'auteur du crime a troublé l'ordre social (*pax fracta*), à ce titre il doit une peine pécuniaire. Le *fredus* est donc bien une amende dans le sens exact de ce mot. M. Prost a cependant essayé de donner une autre explication. Dans son opinion, le *fredus* ou *fredum* « serait le prix de la sécurité ou de la paix ultérieure garantie par le souverain à l'indemnisé, contre toute vindicte ou revendication de la part de celui qui avait subi la condamnation à son profit, et qui avait dû en conséquence lui faire réparation (3). » Cette solution paraît inconciliable avec certaines décisions de la loi salique. Ainsi le titre XIII fixe à 62 sous et demi le *fredus* exigible en cas de rapt d'une fille qui se trouve sous la protection spéciale du roi et le titre XXIV décide que si un enfant âgé de moins de douze ans a commis un délit, le *fredus* ne sera pas dû (4). Cette dernière disposition s'explique si l'on voit dans le *fredus* une

(1) Voy. à cet égard Thonissen, *L'organisation judiciaire de la loi salique*, p. 103 de l'éd. in-4°. Cette idée ressort bien d'un passage de la loi des Lombards : « *De plagiis et compositionibus plagarum quæ inter homines liberos evenerint componandus, cessante faida, id est inimicitia.... Prævidimus hoc propter faidam deponendam, id est inimicitiam pacificandam.* » Lois de Rotharis, chap. 45 et 162 ; Lois de Luitprand, chap. 119. Voy. encore d'autres textes cités par Du Cange, v° *faida*.

(2) Grégoire de Tours, *De miraculis beati Martini*, lib. IV, cap. 26. — Capit. de 798, tit. XXVI, cap. 9, dans Baluze.

(3) Prost, *L'immunité* dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. VI, p. 144.

(4) Loi salique, tit. XXIV, § 7.

amende véritable : l'enfant âgé de moins de douze ans ne la doit pas, parce qu'on ne saurait lui imputer l'intention d'avoir voulu violer la paix publique. Si au contraire le *fredus* est dû pour garantir la protection du roi, il semble que, plus que tout autre, l'enfant de moins de douze ans doive le payer. Le *fredus* était le plus souvent, on le sait, du tiers de la composition (1).

De récents travaux ont établi que les auteurs de la loi salique ont procédé à la fixation des compositions d'après un certain système général. En classant suivant leur chiffre les compositions désignées dans les 229 paragraphes de la *Lex antiqua*, on s'aperçoit que celles de 7 et de 10 deniers, de 1 sou, de 5, de 7, de 10, de 75, de 90, de 187 et de 700 sous n'y figurent qu'une seule fois. On y trouve deux fois les compositions de 50 et de 300 sous, trois fois celles de 17 sous et demi et de 1,800 sous, onze fois celle de 600 sous, neuf fois celle de 200 sous. Les autres compositions reviennent plus fréquemment : quatorze fois celle de 35 sous, vingt-et-une fois celle de 30, vingt-cinq fois celle de 45 sous, vingt-quatre fois celle de 3 sous, trente fois celle de 62 sous et demi, cinquante-deux fois celle de 15 sous (2). Cette dernière est en quelque sorte la composition type (3). La plus basse est celle de 7 deniers et la

(1) Voy. notamment, loi salique, tit. L (Pardessus, p. 29). Voy. aussi tit. XXXV, § 7 (Pardessus, p. 19). — Loi des Ripuaires, tit. XCI.

Un placité de Clovis III, de 693, condamnant un plaideur à une amende de quinze sous (*ex faido et fredo*), décide que la partie lésée recevra pour sa part les deux tiers de cette somme, c'est-à-dire dix sous ; l'autre tiers était le *fredus* échu au trésor royal. Pardessus, *Diplomata*, t. II, n° 431, p. 229. De même on lit dans un capitulaire de Charlemagne, de 863 :.... *Widrigildum ejus componat, duas partes illi quem inservire voluerit, tertiam regi.* Capit. *Quæ in lege salica mittenda sunt*, cap. VII, Pertz, *Leges*, I, 113; Boretius, p. 114.

(2) Wilda prétend que la composition de 62 sous et demi dénote l'existence primitive d'un vergeld de 125 sous qui fut plus tard remplacé par une composition de 200 sous (*Das Strafrecht der Germanen*, p. 85, 117).

(3) Thonissen, *L'organisation judiciaire de la loi salique*, p. 143 de l'éd. in-4°. En multipliant, dit Thonissen, cette composition type, on arrive aux compositions de 30, 35, 45, 300, 600 et 1,800 sous ; en la divisant, on obtient celles de 1, 3, 5 et 10 sous. Il est vrai que les compositions de 7, 17 et demi, 50, 62 et demi, 100 et 700 sous ne se prêtent pas à ces opérations. Mais

plus élevée s'élève à 700 sous : la première est due par celui qui vole un agneau de lait; la seconde par celui qui, par des actes de violence, fait mourir une femme enceinte (1). Toutefois les circonstances aggravantes peuvent, dans certains cas, porter la composition à un chiffre encore plus élevé. D'autres faits prouvent encore que les chiffres des compositions n'ont pas été fixés au hasard. Ainsi le meurtre d'un Franc Salien donne lieu à une composition de 200 sous. Mais le législateur, comme nous l'avons vu en nous occupant de la condition des personnes, multiplie cette somme par trois dans certaines circonstances : si la victime est attachée au service du roi, si elle est âgée de moins de douze ans ou s'il s'agit d'une femme en âge d'enfanter, si l'homicide a été commis à l'armée, si plusieurs hommes se sont réunis pour le meurtre. La composition est une seconde fois multipliée par trois dans d'autres circonstances (2). On constate pour la composition du vol aussi une progression arithmétique (3); 3 sous, 15, 30, 35, 45, etc. La même classification reparaît pour les dommages causés au bien autrui (4). Ce qui est

rien n'empêche de voir en elles le résultat des faits qui précédèrent ou accompagnèrent l'établissement des Francs Saliens sur le territoire de l'Empire romain. Suivant Thonissen, on aurait fondu ensemble des coutumes de plusieurs tribus qui s'étaient réunies pour aller conquérir un établissement sur le sol gaulois. Le glose vient même à l'appui de cette supposition ; elle donne à la composition de 62 sous et demi la qualification de *seolandefa*, amende des contrées maritimes. Suivant Waitz (*Das alte Recht der salischen Franken*, p. 189) les compositions de 17 sous et demi et de 35 sous sont les premières d'une série dont la suite ne se trouve pas dans le texte qui nous a été conservé. — Sur les monnaies usitées pour la détermination des compositions, voy. Thonissen, *L'organisation judiciaire de la loi salique*, liv. I, sect. 2, chap. 1, § 7, p. 155 de l'édit. in-8. — On remarquera que les auteurs modernes adoptent deux systèmes pour exprimer les chiffres des compositions de la loi salique lorsqu'ils ne sont pas pairs. Les uns donnent le nombre pair en ajoutant un demi sou ; les autres emploient le chiffre impair immédiatement supérieur. Ainsi on dira avec les premiers 6 sous et demi et avec les seconds 7 sous.

(1) Loi salique, tit. IV, § 1, et tit. XXIV, § 3, Pardessus, p. 6 et 13.

(2) Voy. loi salique, tit XXIV, § 1 et 2 ; tit. XLI, § 1 et 2 ; tit. LIV, § 1 ; tit. LXIII, § 2 (Pardessus, p. 13, 22, 33, 34).

(3) Loi salique, tit. II, § 1 ; tit. IV, § 2; tit. X, § 1 ; tit. XXI, § 3 ; tit. XXXVIII, § 1 et 2 (Pardessus, p. 4, 6, 8, 12, 20).

(4) Loi salique, tit. IX, § 2 ; tit. XI, § 6 ; tit. XVI, § 1 et 4 ; tit. XXVII, § 21 ; tit. XXXIV, § 2 (Pardessus, p. 7, 9, 10, 11, 16, 18).

plus remarquable, c'est que le législateur salien considère certaines circonstances comme aggravantes et augmente en conséquence la composition ordinaire. Ainsi nous avons vu que si la victime est attachée à la personne du roi, antrustion, comte, sagebaron, cette circonstance particulière fait tripler le vergeld. La composition ordinaire est encore multipliée par trois si un Franc a tué à l'armée; elle monte ainsi de 200 à 600 sous, et si la victime est un antrustion, elle s'élève de 600 à 1,800 sous (1). Le jeune âge et le sexe de la personne lésée (2), le fait de pratiquer des manœuvres pour échapper aux recherches de la justice en cas de meurtre (3), l'effraction, le bris de serrure, l'usage d'une barre de fer ou d'une flèche empoisonnée, l'emploi de la violence, la réunion par bandes, la perprétation du crime sur un chemin public, forment autant de circonstances aggravantes (4). On fait aussi entrer en ligne de compte la lésion éprouvée par la famille ou par la société (5). Le législateur de la loi salique s'est beaucoup moins occupé des circonstances atténuantes. Il n'en connaît à proprement parler que deux, le jeune âge et l'aveu du coupable. L'enfant de moins de douze ans ne doit pas le *fredus*, parce qu'on ne peut pas lui supposer l'intention d'avoir voulu troubler la paix publique et sa famille n'est tenue de payer que la *faida* (6). De même que la loi considère comme circonstance aggravante le fait d'égarer la justice, de même et en sens inverse, mais dans trois cas seulement, l'aveu du coupable devient une circonstance atténuante qui diminue le taux de la composition (7).

La composition est due par le coupable. Nous nous bornons à rappeler que dans la loi salique cependant, par tradi-

(1) Loi salique, tit. LXIII (Pardessus, p. 34).
(2) Loi salique, tit. XXIV, § 1 ; tit. XXXI, § 2 ; tit. XLI, § 1 (Pardessus, p. 13, 17, 22).
(3) Loi salique, tit. XLI, § 1 et 2 (Pardessus, p. 22).
(4) Voy. par exemple loi salique, tit. VIII, § 1 ; tit. XI, § 3, 5 et 6; tit. XVII, § 2, 7 et 9; tit. XLII, § 1 et 5 (Pardessus, p. 7, 8, 11, 12, 23).
(5) Loi salique, tit. XXIV, § 4 et 6 (Pardessus, p. 13).
(6) Loi salique, tit. XXIV, § 5 (Pardessus, p. 13).
(7) Loi salique, tit. IX, § 2; tit. XL, § 2 (Pardessus, p. 7, 21).

tion de vieux principes germaniques sur la solidarité de famille et tout au moins pour le cas de meurtre, le coupable hors d'état de payer la composition, peut au moyen de la procédure de la *chrenecruda* en transmettre le fardeau sur ses plus proches parents ; mais si aucun d'eux ne paie et s'il ne trouve pas d'amis pour acquitter sa dette, il compose avec sa vie ou, en d'autres termes, il est mis à la discrétion de son créancier qui a le droit de le tuer (1).

De même que les parents du coupable sont tenus à titre subsidiaire de la composition, de même en sens inverse, ceux de la victime ont droit à une partie de cette composition. Ainsi un père a-t-il été tué, les fils en prennent une moitié, l'autre moitié va aux parents les plus proches des deux lignes et à leur défaut au fisc (2).

## § 49. — DES PEINES.

Dans une législation qui admet le droit de vengeance et le système des compositions, l'application des peines proprement dites, telles que nous les comprenons aujourd'hui, est nécessairement assez rare. Cette situation ne change même pas sensiblement lorsque le droit de vengeance est écarté et que la composition, au lieu d'être facultative, devient obligatoire. Cependant de tout temps on avait admis dans la race germanique l'existence de certains crimes d'une gravité particulière pour lesquels la composition était exclue. Il était même différents crimes qui, par leur nature même, ne comportaient pas ce mode d'arrangement, ceux qui n'intéressaient pas directement des particuliers. C'est ce qui résulte déjà d'un passage de Tacite (3). L'historien romain nous apprend dans sa *Germanie* que pour divers crimes l'assemblée de la

(1) On se rappelle aussi que cette responsabilité subsidiaire de la famille en cas de meurtre a été de bonne heure supprimée par les rois mérovingiens.

(2) Loi salique, tit. LXII, éd. Pardessus, p. 34. On peut conjecturer que le même système de répartition était appliqué en cas de meurtre d'une personne qui n'avait pas la qualité de père.

(3) *Germanie*, § 12.

nation condamnait à la peine de mort. Il est nécessaire de rappeler ce passage à cause de son importance. « On peut aussi accuser devant ces assemblées et y déférer les affaires criminelles. La peine est distincte selon le délit. Les traîtres et les transfuges sont pendus à un arbre. Les lâches, les poltrons, les prostituées sont noyés dans la boue d'un marais, une claie par dessus. Par cette diversité dans les supplices, ils semblent témoigner qu'il faut que les crimes s'expient au grand jour et que les infamies soient ensevelies. Quant aux délits moindres, tel est le délit, telle est la peine. Les coupables paient une amende en chevaux et en troupeaux, une partie vient au roi ou à la nation, l'autre au plaignant ou à ses proches. » Ce texte, comme on le voit, nous fait connaître certains crimes punis de mort et il n'a même pas la prétention d'énumérer tous ces crimes ; il en fait seulement connaître quelques-uns à titre d'exemple (1). Tout ce que l'on doit conclure de ce passage de Tacite, c'est que les crimes les plus graves faisaient encourir la mort sans qu'il y eût moyen d'écarter cette peine. D'après Wilda la pendaison aurait été chez les Germains le mode d'exécution le plus fréquent de la peine de mort. Mais elle aurait été réservée aux hommes et par des raisons de convenance, au lieu de pendre les femmes on les brûlait ou on les enterrait vives. Ce serait là un trait caractéristique du génie germanique qui attachait le plus haut prix à la pudeur des femmes (2). On ne voit toutefois aucune trace de cette distinction dans Tacite et nous savons de plus que les Saxons païens pendaient les femmes adultères (3). Les Francs devenus chrétiens appliquaient la peine de mort sous cinq formes différentes : le glaive, le gibet, la lapidation, le bûcher et la roue (4). On ne sait pas quels

(1) Montesquieu s'est trompé lorsqu'il a vu dans les simples indications de ce passage, une énumération limitative. *Esprit des lois*, liv. XXX, chap. 19.

(2) Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, p. 498 et suiv.

(3) Voy. la lettre 59 de St Boniface, éd. Jaffé, Berlin, 1866, p. 172.

(4) Grimm ajoute la noyade (*Rechtsalterthümer*, p. 700) ; mais M. Thonissen a montré que cette opinion est erronée, dans son *Mémoire sur les peines capitales dans la législation mérovingienne*, Bruxelles, 1877. Il serait possible cependant que ces cinq sortes de supplices fussent seulement les plus ordi-

étaient, chez les Francs, les crimes qui étaient punis de mort sans faculté de rachat. La loi salique ne contient qu'une disposition sur cette question : elle veut que l'esclave accusé d'un crime grave soit mis à mort si la torture lui arrache un aveu (1). D'ailleurs le silence de la loi salique ne saurait nous étonner : cette loi a surtout pour objet de fixer le montant des compositions et il est dès lors tout naturel qu'elle ne s'explique pas sur les crimes pour lesquels la composition est interdite. C'est même en prenant son silence comme point de départ qu'on peut arriver à connaître quelques-uns des crimes punis de mort sans faculté de rachat. La loi salique passe sous silence certains crimes fort graves ; il n'est pas possible d'admettre qu'ils échappaient à toute répression ; on doit plutôt en conclure qu'ils continuaient à être soumis à d'anciens usages germaniques et punis de mort. Tels étaient la trahison, la désertion, la lâcheté, le régicide, les mœurs infâmes. Mais on ne saurait avoir la prétention de donner une énumération complète de ces crimes ; leur existence est toutefois certaine, car elle est attestée par un fragment mérovingien intercalé dans le texte de la *lex emendata* dont il forme le titre XX (2).

Pour d'autres crimes, le coupable encourait encore la peine de mort, mais il pouvait racheter sa vie en payant une

naires. On pouvait encore être mis à mort de différentes autres manières, selon le caprice du roi ; c'est ce qui semble bien résulter d'un passage de Grégoire de Tours : « Gaïlen fut pris ; on lui coupa les mains, les pieds, les oreilles, le dessus des narines, et on le fit périr misérablement ; Grindion fut condamné au supplice de la roue ; Gucilian, autrefois comte du palais du roi Sighebert, eut la tête tranchée. Beaucoup d'autres qui avaient accompagné Mérovée furent mis à mort de diverses et cruelles manières. » Grégoire de Tours, liv. V, § 19. Sur le supplice du feu, voy. aussi Grégoire de Tours, liv. V, § 40. On refusait aux condamnés à mort les secours de la religion. Grégoire de Tours fait allusion à cet usage dans son liv. V, § 26. « Daccon, retenu dans les fers et se voyant sans espoir d'échapper, demanda l'absolution à un prêtre, à l'insu du roi ; lorsqu'il l'eut reçue, on le fit mourir. »

(1) Loi salique, tit. XL, § 5 (Pardessus, p. 21).

(2) Ce texte porte : « Si quelqu'un accuse devant le roi, d'une faute légère, un homme innocent, en l'absence de ce dernier, l'accusateur sera condamné à payer 2,500 deniers ou 62 sous d'or et demi. Si le crime qui lui a été imputé est tel que, étant prouvé, l'accusé eût dû mourir (*unde mori debuisset, si verum fuisset*) l'accusateur sera condamné à payer 8,000 deniers ou 200 sous. »

somme égale à son propre vergeld, c'est-à-dire à celle qu'eût reçue sa famille s'il avait été mis à mort. C'est en ce sens que certains textes disent d'un criminel : *de vita componat*. Ainsi la loi salique prononce cette peine contre le comte qui, sans motif légitime, refuse de pratiquer une saisie ou met la main de justice sur des objets d'une valeur supérieure au montant de la dette (1). De même le *puer regis* et le lite doivent payer leur propre vergeld s'ils ne veulent pas être mis à mort lorsqu'ils se sont rendus coupables du crime de rapt d'une femme (2). Enfin le titre LVIII de la loi salique dit formellement que si le meurtrier ne peut payer, ni lui ni sa famille, il devra être mis à mort. Ainsi, *de vita componere*, c'est payer son propre vergeld pour éviter d'être tué.

Mais il faut aller plus loin et dire d'une manière générale que dans tous les cas où le coupable ne peut pas payer la composition, il encourt encore la mort, puisqu'il est mis à la discrétion de son créancier (3). Si l'on se souvient que les compositions étaient parfois fort élevées, on reconnaîtra que la mort était encore assez souvent menaçante pour le coupable. Aussi voyons-nous dans une formule un homme qui, pour y échapper, aliène sa liberté, et se procure ainsi le moyen de racheter sa vie (4).

Une question plus délicate est celle de savoir comment les choses se passaient lorsqu'il n'existait pas de partie privée et que le crime était directement poursuivi par l'autorité publique, par exemple par le comte. La peine de mort était-elle nécessairement appliquée ou bien pouvait-on encore entrer en composition ? Il semble qu'il n'y ait pas eu place pour la composition, puisqu'elle n'était réclamée par aucun particulier, mais il ne faut pas perdre de vue que dans des cas

(1) Loi salique, tit. L et LI (Pardessus, p. 29).

(2) Loi salique, tit. XIII, § 7 (Pardessus, p. 9).

(3) Voy. à cet égard, loi des Alamans, tit. XXIV ; loi des Bavarois, II, 4, § 3 ; *pactus Childeberti*, § 1 et 2 dans Boretius, 4 et 5.

(4) Marculfe, liv. II, form. 28, Zeumer, p. 93. — Rozière, form. 50 et 52. Dans une autre formule la permission de composer est présentée comme une faveur du juge. Rozière, form. 429.

assez fréquents l'État partageait la composition avec la famille. Il n'est donc peut-être pas téméraire d'admettre qu'à défaut de partie privée, l'État pouvait se substituer à la famille et toucher non seulement le *fredus*, mais encore la composition tout entière.

La mise hors la loi, *extra sermonem regis*, car les deux termes sont synonymes, ne diffère pas sensiblement quant aux résultats de la peine de mort. Celui qui l'encourt est privé de la paix sociale : il ne lui reste aucun droit, ses biens sont confisqués et le premier venu peut impunément le mettre à mort (1). Nul ne doit le recevoir ni l'assister d'une manière quelconque, pas même ses parents les plus proches ou sa femme, au risque d'encourir une amende élevée (2). Il en est réduit à errer comme un loup dans les forêts; aussi l'appelle-t-on *wargus* (3). Cette peine cruelle menace ceux qui déterrent et dépouillent les cadavres, ceux qui refusent de comparaître au mall ou d'exécuter les condamnations prononcées contre eux. Un édit de Childebert II l'applique aussi contre ceux qui vivent de brigandage (4). Suivant un capitulaire ajouté à la loi salique et souvent attribué à Clovis, la femme ingénue qui épouse un esclave est aussi privée de la protection sociale (5). Un édit de Chilpéric Ier met encore hors la loi le vagabond privé de moyens d'existence au point de ne pas être en état de payer les compositions (6).

Toutefois cette mise hors la loi n'est pas nécessairement irrévocable. Tout au moins voyons-nous que dans certains cas le coupable peut rentrer dans la société et y reprendre sa place; tel est celui du violateur de tombeaux, s'il traite avec

(1) Décret de Childebert, chap. 7, Pertz, *Leges*, I, p. 10 ; Boretius, 15. — Décret de Chilpéric, chap. 9, Pertz, *Leges*, II, 11.

(2) Loi salique, tit. LV, § 2 et tit. LVI (Pardessus, p. 31). — Loi des Ripuaires, tit. LXXXIX.

(3) *Utlaegr* des Scandinaves, *utlag* des Anglo-Saxons, *out-law* des Ecossais. Schlegel, *Index verborum, in lege Islandorum antiqua, quæ Grágás nominatur, occurentium*, v° *Vargr*.

(4) Chap. 7 Pertz, *Leges*, I, 10 ; Boretius, 16.

(5) Pertz, *Leges*, II, 3.

(6) Chap. 9, Pertz, *Leges*, II, 11.

les parents du mort, celui du plaideur récalcitrant s'il a payé le montant des condamnations (1).

La loi salique ne prononce qu'une fois la peine de la confiscation générale : elle en menace celui qui refuse de comparaître au tribunal du roi (2). Faut-il en conclure que cette peine était tout à fait exceptionnelle à cette époque? Il est possible qu'elle ait été prononcée plus souvent par la loi non écrite pour tous les crimes ou au moins quelques-uns de ceux dont ne parle pas la loi salique. On ne peut émettre que des conjectures. Ce qui est certain, c'est que les rois mérovingiens, soit pour établir une répression plus sérieuse, soit par pur esprit de cupidité et pour enrichir les coffres du trésor royal, ne se firent pas faute d'appliquer la peine de la confiscation de la manière la plus arbitraire et dans une foule de circonstances; des textes précis des chroniqueurs et des hagiographes le prouvent surabondamment (3).

On a aussi parfois considéré comme une peine de la loi salique la perte totale ou partielle de la liberté. Il est certain que les autres lois barbares en font une pénalité (4). Mais la loi salique parle de cette perte de la liberté dans des cas où, à notre avis, il faut moins y voir une peine qu'une renonciation volontaire de la part de celui qui la subit. On sait qu'en effet chez les Germains et aussi chez les Francs, il était permis d'aliéner sa liberté (5). N'est-ce pas le cas de l'homme libre qui perd son ingénuité en épousant une fille de condition servile ou bien encore celui de la femme ingénue qui suit volontairement un lite ou un *puer regis?* Dans le premier

(1) Loi salique, tit. LVI (Pardessus p. 31). La loi ripuaire prononce la confiscation générale contre ceux qui trahissent le roi, tuent leurs parents ou commettent un inceste, tit. LXXI, § 1 et 2.

(2) Loi salique, tit. LV de la *lex antiqua* comparé au titre LVII de la *lex emendata* (Pardessus, p. 31 et 315).

(3) Voy. par exemple Grégoire de Tours, liv. IV, § 13 ; liv. V, § 40; liv. VI, § 46 ; liv. IX, § 10, 19, 38. — Chronique de Frédégaire, chap. 31. — *Vita sancti Lodegarii*, cap. 12, dans Bouquet, II, p. 619.

(4) Loi des Bavarois, I, 11 ; VII, 18. — Loi des Alamans, tit. XXXIX, 2. — Loi des Burgondes, tit. XXXV, 3 ; tit. XXXVI. — Loi des Visigoths, III, 2, 2 ; VI, 1, 1 ; VI, 1, 1 ; VII, 2, 2. — Lois de Luitprand, IV, 2, 6 ; VI, 68.

(5) Tacite, *Germanie*, § 24. — Marculfe, liv. II, form. 28, Zeumer, p. 93.

cas, la perte de la liberté est totale, dans le second partielle (1).

La loi salique ne connaît pas les peines corporelles autres que la mort contre les personnes libres ou même de demi-liberté. Ce n'est pas à dire que ces peines n'aient pas existé dans la coutume non écrite. En l'absence de documents, nous devons nous borner à avouer notre ignorance. Mais contre les esclaves, la loi salique prononce dans divers cas deux peines corporelles, la flagellation et la castration. La première peine est infligée à l'esclave qui vole hors d'une habitation un objet valant deux deniers ou qui se permet des relations illicites avec une femme de sa condition. L'esclave encourt la peine de la castration s'il commet un vol pour lequel un homme libre serait passible d'une composition de 35 sous ou si la femme de sa condition avec laquelle il a entretenu un commerce illicite est morte de son incontinence. Dans ces deux mêmes cas, la femme esclave est menacée de la peine de la flagellation. D'ailleurs, il est permis de se racheter de ces deux peines à prix d'argent. L'esclave, homme ou femme, doit payer 3 sous par cent vingt coups de baguette; le double de cette somme est le prix de rachat de la castration (2). Le nombre des coups de fouet est déterminé par la loi elle-même qui ne veut pas s'en rapporter à l'arbitraire du juge (3).

Après l'établissement des Francs en Gaule, on ne tint plus aucun compte des prescriptions de la loi salique et les peines corporelles furent indistinctement appliquées à tous. On infligea les mutilations les plus diverses (4). La peine de la

(1) Loi salique, tit XXV, § 5, 6, Pardessus, p. 14.

(2) Loi salique, tit. XII ; tit. XXV, § 8 ; tit. XL, § 1, 2 à 6 (Pardessus, p. 9, 14, 21).

(3) Voy. pour les détails à cet égard Thonissen, *L'organisation judiciaire de la loi salique*. En fixant le nombre des coups de fouet, la loi salique a préféré le systéme duodécimal tandis que les autres lois barbares ont appliqué le système décimal. — Loi des Visigoths, III, 2, 3 ; III, 9 ; IV, 15, 17. — Loi des Bavarois, tit. VIII, chap. 6 ; tit. XI, chap. 1, § 2 ; chap. IV, § 3. — Loi des Burgondes, tit. XXX.

(4) « Lorsqu'il eut ainsi parlé, on le livra à de cruels tourments, et il nomma plusieurs de ses complices, qu'on alla chercher en divers lieux. Les uns furent

flagellation devint aussi très fréquente. Gontran fit cruellement flageller l'abbé de la ville de Cahors. Sandrégisile subit le même sort par ordre de Dagobert Ier. Un capitulaire de Carloman de 742 ordonne de flageller les prêtres, les moines et les religieuses coupables de fornication (1). On connaissait aussi la peine de l'emprisonnement (2). Enfin la torture était en fait pratiquée aussi bien sur les personnes de condition libre que sur les esclaves, soit à titre de peine, soit pour arracher un aveu (3). A proprement parler, les peines tendaient à devenir arbitraires.

### § 50. — DES RESTITUTIONS, DOMMAGES-INTÉRÊTS ET AUTRES CONDAMNATIONS ACCESSOIRES.

Indépendamment de la peine de la composition, la loi salique oblige assez souvent le coupable à restituer la chose elle-même ou à payer sa valeur, *in capite reddat, capitale in locum restituat.* Le mot *capitale* est bien synonyme de *caput debitæ pecuniæ;* c'est le *damnum* de la loi des Ripuaires (4). On comprend facilement cette obligation de payer la chose ou sa valeur. Lorsque le coupable a acquitté la composition, il a racheté sa peine, il a éteint le droit de vengeance privée par la *faida* et il a satisfait la paix publique par le *fredus;* mais il n'a pas encore réparé le tort qu'il a fait et il est tout

condamnés à la prison, d'autres eurent les mains coupées; plusieurs, privés du nez et des oreilles, furent livrés à la risée publique. Quelques-uns de ceux qui avaient été pris, craignant le genre de châtiment auquel ils pouvaient être condamnés, se percèrent eux-mêmes avec leur épée. Plusieurs moururent dans les supplices afin que le roi fût vengé. » Grégoire de Tours, liv. X, § 18.

(1) Grégoire de Tours, liv. IV, § 26; liv. V, § 19; liv. VII, § 15, 30, 38. — Frédégaire, § 95. — Chronique de Moissac, année 670, Bouquet, II, p. 450, 581, 652.

(2) Grégoire de Tours, liv. X, § 18.

(3) Grégoire de Tours, liv. VIII, § 44; liv. IX, § 3 et 38; liv. X, § 18, 19 et 21.

(4) Loi des Ripuaires, tit. XVII, § 1 et 2. Quant à la loi salique, elle parle de la restitution de la chose ou de sa valeur dans 35 passages, tit. II, § 4, 5, 7, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17; tit. III, § 1 à 8; tit. IV, § 1, 2, 5; tit. V, § 1 et 2; tit. VI, § 3; tit. VII, § 1 et 3; tit. VIII, § 3 et 4, tit. IX, § 1, 2, 3; tit. XI, § 2, 4, 5; tit. XXV, § 3; tit. XXVII, § 1 et 4; tit. XXXIX, § 2; tit XLVIII, § 2; tit. LXI, § 1; tit. LXV, § 1 et 2.

naturel qu'il soit tenu de cette obligation. Toutefois il est assez curieux de constater que la loi salique ne parle de cette obligation de payer le *capitale*, que pour les délits les plus minimes, par exemple les petits vols; elle ne la rappelle pas dans les autres cas, notamment pour les vols d'objets de grande valeur. Doit-on admettre avec M. Thonissen, que ce silence ne prouve rien? L'obligation de restituer ou de payer le dommage aurait été de droit commun, se serait appliquée dans toutes les circonstances; on n'en aurait parlé que pour les cas les plus légers, précisément pour éviter toute espèce de doute, mais cette obligation était d'évidence pour les crimes les plus graves. Ne pourrait-on pas cependant prétendre en sens contraire, que le *capitale* n'était pas dû dans ces dernières circonstances, parce que le montant de la composition était déjà par lui-même assez élevé pour indemniser très largement la victime du préjudice éprouvé (1)?

Trente-sept textes de la loi salique parlent aussi de l'obligation de payer la *dilatura*. Si l'on examine les infractions à l'occasion desquelles il est question de *dilatura*, on constate qu'il s'agit presque toujours de vols (2). Il est certain aussi que la *dilatura* ne désigne ni l'objet à restituer, ni sa valeur; pour exprimer l'une ou l'autre de ces deux choses, on aurait dit *capitale*. Mais quel était le sens de ce mot *dilatura*? En l'absence de toute explication dans les textes, on en est réduit à des conjectures. Les uns pensent qu'il s'agit des intérêts moratoires et peut-être aussi des frais de procédure; l'étymologie du mot semble favoriser cette explication. D'autres veulent que la *dilatura* soit la récompense accordée à celui qui a fait découvrir

(1) Nous avons déjà fait observer que dans la détermination de la composition le rédacteur de la loi salique avait presque toujours fixé des sommes très élevées.

(2) 34 fois sur 37. Deux fois il est parlé de *dilatura* pour la répression des mauvais traitements infligés au bétail d'autrui et une fois à l'occasion du faux témoignage. Voy. notamment : Loi salique, XVII, § 1 et 2 ; tit. XVIII, § 1 et 3 ; tit. XXIX; tit. XXXV, § 3 ; tit. LVI ; § 2 ; tit. LXIV, § 2, 4, 5 ; tit. LXXXI ; tit. LXXXIV, § 2 ; tit. LXXXVII, § 1 et 2 ; tit. LXXXVIII, § 1 et 2. On rencontre également cette expression dans la loi des Ripuaires, tit. XIX et LXXXI.

le voleur et l'objet volé. Il est certain que chez les Visigoths il existait une *merces capturæ* (1); mais aucun texte ne donne cette explication pour la législation des Francs. Une lettre du moine de Saint-Gall publiée par Goldalst annonce à l'abbé Burkhard la découverte d'objets précieux volés à l'abbaye et ajoute qu'une somme de trois livres est due à titre de *dilatura* à celui qui a fait découvrir le voleur et les objets. Mais cette lettre est du XIe siècle et il est dès lors difficile de s'en servir pour interpréter la loi salique. Dans une troisième opinion proposée par Waitz, et adoptée par Thonissen, la *dilatura* serait une somme fixée par la coutume et qui, dans certains cas, venait s'adjoindre à la composition (2). Peut-être la *dilatura* était-elle tout simplement l'indemnité que devait le coupable à raison du retard qu'il avait causé au jugement de l'affaire en provoquant certaines mesures d'instruction qui, en réalité, étaient tout à fait inutiles, comme le prouvait sa condamnation.

## § 51. — DES CRIMES ET DÉLITS.

Au point de vue purement juridique, la question de savoir quels faits sont considérés dans la loi salique comme des infractions à la loi pénale est relativement secondaire ; mais elle offre un véritable intérêt si l'on se préoccupe des mœurs du temps. Elle contribue aussi à nous faire mieux connaître les institutions politiques ou civiles en nous révélant comment étaient réprimés les attentats contre les personnes ou les biens ; nous pouvons nous rendre un compte plus exact

(1) VII, 1, 4.

(2) Dans le sens de la première opinion : Windelinus, *Leges salicæ illustratæ*, p. 148, Anvers, 1649, in-fol. — Bignon dans Canciani, *Leges Barbarorum antiquæ*, II, p. 124. — Pithou, *Glossarium*. — Eckhard, *Beiträge zur Geschichte des Deutschen Strafrechts*, p. 74. — Behrend, *Lex salica*, p. 144. — Gengler, *Germanische Rechtsdenkmäler*, glossaire v° *Dilatura*. — Dans le second sens : Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, § 71. — Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 655. — Wilda, *Strafrecht der Germanen*, p. 906 et suiv. — Pardessus, *Loi salique*, p. 363. — Dans le troisième sens : Waitz, *Das alte Recht der Salischen Franken*. — Thonissen, *L'organisation judiciaire de la loi salique*, liv. I, sect. 2, chap. 3, § 2, p.179 de l'éd. in-4°.

de la manière dont on comprenait à cette époque le respect dû à la liberté de l'individu ou à la propriété.

L'absence à peu près complète de dispositions relatives aux délits contre la chose publique, prouve bien nettement qu'à l'époque de la rédaction de la loi salique, l'organisation de l'État était encore dans l'enfance. Tout au plus peut-on relever un délit de cette nature, celui qui consiste à entraver la libre circulation sur les routes. Celui-là encourait une composition de 15 sous qui empêchait un ingénu de passer son chemin ; de 45 sous, s'il s'agissait d'une femme libre de naissance (1). Les autres lois barbares s'attachaient aussi à assurer la circulation sur les routes (2). Enfin la loi salique punissait plus sévèrement que le vol ordinaire celui qui était commis sur un grand chemin : l'amende était de 62 sous et demi (3). Un grand nombre de textes nous apprennent que sous les Mérovingiens on voyageait beaucoup; grâce aux magnifiques voies romaines qui sillonnaient l'Empire, les communications étaient fréquentes et faciles ; les lois barbares voulurent que la sécurité y fut assurée pour les voyageurs.

D'ailleurs le vagabondage devait être assez difficile. Aucun étranger ne pouvait s'établir sur le territoire d'une communauté sans le consentement de tous les habitants, sous peine d'être expulsé par le comte et d'encourir une amende de trente sous (4). Il existait même une procédure spéciale pour l'expulsion de cet *homo migrans* (5). Celui qui voulait s'opposer à son établissement sur le territoire de la commune

(1) Loi salique, tit. XXXI (Pardessus, p. 17).

(2) Loi des Ripuaires, tit. LXXX. — Lois de Rotharis, chap. 26 à 38. — Loi des Alamans, tit. LXVI. — Loi des Frisons, additions, tit. 4. — Loi des Visigoths, VI, 4, 4.

(3) Loi salique, tit. XIX,XVII, § 9 (Pardessus, p. 12). La *lex emendata* a reduit cette amende à 30 sous.

(4) Loi salique, tit. XLV (Pardessus, p. 25).

(5) Nous avons déjà parlé de l'*homo migrans* à propos du régime de la propriété, mais sans nous arrêter au délit qui consistait à s'établir dans une communauté sans le consentement unanime de ses habitants et sans nous attacher à la procédure qui s'y rapporte. Ce sont ces deux points de vue qui vont nous occuper maintenant. Pour le reste, voir ce qui a été déjà dit à la page 75.

se rendait, accompagné de témoins, à l'habitation de l'étranger et lui adressait une première sommation : « Homme, je te dis que tu peux rester ici la nuit prochaine, comme l'ordonne la loi salique, et je te déclare que tu devras ensuite quitter cette commune dans le délai de dix nuits. » Si cette première sommation restait sans effet, elle était suivie de deux autres, faites dans la même forme et de dix nuits en dix nuits, de telle sorte qu'en définitive, l'étranger pouvait demeurer sur le territoire de la commune pendant trente nuits sans être inquiété. Mais lorsque dix nuits s'étaient écoulées depuis la troisième et dernière sommation, le demandeur avait alors le droit d'assigner l'étranger devant le mall local. La preuve des trois sommations était faite par les témoins qui y avaient assisté. Si l'étranger comparaissait et s'engageait à quitter le territoire, il n'encourait aucune peine ; mais s'il faisait défaut ou refusait de partir, il était condamné à abandonner le terrain sur lequel il s'était établi et à payer 30 sous d'amende ; le demandeur s'adressait au comte pour l'exécution de la condamnation (1). Si l'étranger avait obtenu du roi l'autorisation de s'établir dans la localité, personne n'aurait pu l'inquiéter, au risque d'encourir une amende de 200 sous (2). D'un autre côté, dès qu'il s'était écoulé une année depuis la fixation de l'étranger sur le sol de la commune, sans qu'aucun des habitants ait protesté, ce silence était considéré comme un consentement tacite de leur part (3). Mais jusqu'à ce moment, l'étranger non muni d'autorisation pouvait être inquiété par un habitant quelconque de la commune. Toutefois, pendant son voyage, il était interdit de le

(1) Loi salique, tit. XLV (Pardessus, p. 25). Siegel conjecture que 15 de ces 30 sous étaient dus pour le défaut et cinq pour chacune des trois sommations. Sohm affirme qu'outre les 30 sous il était perçu 3 sous pour chaque sommation inutile, par analogie de ce qui a lieu dans la procédure *ex fide facta*. — Siegel, *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens*, p. 70 et suiv. — Sohm, *Procédure de la lex salica*, traduction Thévenin. — Inutile d'ajouter que ce sont là de simples conjectures. Rappelons que nous avons déjà expliqué ce texte à l'occasion de la question de la propriété collective.

(2) Loi salique, tit. XIV, § 4 (Pardessus, p. 10).

(3) Loi salique, tit. XLV (Pardessus, p. 25).

tourmenter, au risque d'encourir une composition de 62 sous et demi (1).

De toutes les infractions dirigées contre les personnes, les plus graves sont certainement les meurtres et les assassinats. La loi salique ne distingue pas les uns des autres et établit la même composition sans rechercher s'il y a eu ou non préméditation. D'ailleurs la valeur de l'homme tué peut varier entre 30 et 1,800 sous, suivant la condition de la victime. L'homme libre qui tue un esclave ne paie qu'une composition de 30 sous; ce serait précisément la somme qu'il devrait s'il avait volé un cheval (2). Toutefois la composition s'élèverait à 45 sous s'il s'agissait d'un esclave doué d'aptitudes spéciales, par exemple un domestique, un maréchal ferrant, un orfèvre, un vigneron, un palefrenier, un berger (3). Si le meurtre avait été commis par un esclave ou un lite sur un ingénu, le coupable devrait être livré par son maître à la famille de la victime, pour tenir lieu de la moitié de la composition; le maître serait en outre tenu de payer l'autre moitié (4). Un esclave en tue-t-il un autre, le coupable devient la propriété commune de son ancien maître et du maître du mort. La loi salique ne dit pas expressément quel est le vergeld dû pour le meurtre d'un lite; mais dans plusieurs textes le lite est assimilé au Romain (5). Il semble dès lors que le vergeld du lite, comme celui de l'affranchi, soit semblable à celui du Romain : il s'élève à 100 sous pour le Romain possesseur, somme égale à la moitié du vergeld du Franc ingénu; la somme descend à 75 sous lorsque le Romain est un tributaire et elle s'élève à 300 sous s'il est un

(1) Loi salique, tit. XIV, § 5 (Pardessus p. 10).

(2) Loi salique, tit. X, § 1 (Pardessus, p. 8). C'est toutefois par induction seulement qu'on arrive à fixer à 30 sous le vergeld d'un esclave, en se fondant sur le titre XXXV, § 5 (Pardessus, p. 19), qui met sur la même ligne le vol et le meurtre d'individus appartenant à la classe des esclaves; or en cas de vol d'un esclave, le vergeld est de 30 sous.

(3) Loi salique, tit. XXXV, § 5 (Pardessus, p. 19).

(4) Loi salique, tit. XXXV, § 4 (Pardessus, p. 19).

(5) Voy. par exemple le tit. XLII, § 4 (Pardessus, p. 23).

convive du roi (1). Lorsque les Gallo-Romains et les lites furent admis parmi les antrustions, on les protégea, comme les convives du roi, par un triple vergeld ; leur composition s'éleva donc à 300 sous et elle était même portée à 900 sous s'ils étaient assassinés en campagne, *in oste* (2). D'une manière générale, dès qu'une personne quelconque était attachée au service du roi, sa composition était triplée. D'ailleurs il y avait d'autres cas où elle était encore élevée dans la même proportion, soit à cause de la condition de la victime, soit à cause des circonstances du crime. Ainsi le vergeld ordinaire d'un Franc ingénu était, on le sait, de 200 sous, somme double de la composition d'un Romain ; toutefois cette somme était triplée et s'élevait à 600 sous, non seulement si la victime était un comte, un sagebaron, un antrustion, mais encore s'il s'agissait d'un enfant âgé de moins de douze ans accomplis ou si le coupable avait caché le cadavre ou enfin si le meurtre d'un homme quelconque avait été commis à l'armée. Dans ce dernier cas même, le vergeld ordinaire du comte ou du sagebaron se serait élevé à la somme énorme de 1.800 sous (3). Par exception, le vergeld d'un Franc ingénu était descendu à 100 sous s'il s'agissait d'un enfant âgé de moins de huit jours ou d'un homme mutilé que les vengeurs du sang avaient jeté vivant dans un carrefour (4).

Le vergeld ordinaire de la femme ingénue semble fixé en termes généraux par le titre XLI de la loi salique, à 600 sous et cependant le titre XXIV de la même loi n'admet ce vergeld qu'autant que la femme a déjà eu un enfant et qu'elle est encore en âge de concevoir. Aussi certains historiens ont-ils conclu de là et avec raison selon nous, qu'après cet âge le

(1) Loi salique, tit. XLI, § 5 et suiv. (Pardessus, p. 22).

(2) Art. 30 de la *Recapitulatio legis salicæ*.

(3) Loi salique, tit. XXIV, § 1, 2, 4 ; tit. XLI, § 1 à 4 ; tit. XLII, § 1 à 3 ; tit. XLIII ; tit. LIV, § 1 et 2 ; tit. LXIII. — Voy. aussi le tit. XXVI de la *lex emendata*.

(4) Voy. sur ce point Thonissen, *Organisation judiciaire de la loi salique*, p. 143.

vergeld de la femme retombait à 200 sous, c'est-à-dire à la somme qui représentait la valeur d'un homme ingénu. C'était en un mot à raison de sa fécondité que la femme, comparée à l'homme, valait trois fois plus ; aussi son vergeld était-il porté de 300 à 600 sous. Quant à l'enfant de la femme franque ingénue, il avait une valeur de 100 sous tant qu'il était dans le sein de sa mère et même après sa naissance, tant qu'il n'avait pas reçu un nom. Ce nom lui était donné le huitième jour après l'accouchement. Ainsi s'expliquent certains tarifs qui, autrement resteraient incompréhensibles. Par exemple le meurtre d'une femme enceinte donnait lieu à un vergeld de 700 sous: 600 pour la femme, 100 pour l'enfant qu'elle portait dans son sein. De même, en cas d'avortement, la somme due était de 100 sous, valeur de l'enfant qui n'avait pas encore reçu de nom (1).

La loi salique punit aussi d'une manière particulièrement grave les individus qui se réunissent en troupe armée pour envahir une maison et y commettre un meurtre. Le vergeld ordinaire est triplé. Si la victime a reçu trois blessures ou un plus grand nombre, trois des coupables doivent payer chacun cette composition énorme, trois autres sont tenus chacun de la somme de 90 sous et trois autres sont débiteurs de 45 (2). Le meurtre commis dans un festin fait aussi l'objet de dispositions particulières. Ce crime était, au dire de Tacite, déjà très fréquent chez les Germains (3). La loi salique n'augmente pas pour ce cas la composition, mais si les convives n'étaient pas plus de sept, ils doivent dénoncer le coupable, sous peine d'être tous tenus de la dette; s'ils étaient plus de sept, cette obligation ne leur est plus imposée, car il est possible qu'ils n'aient pas vu commettre le crime.

(1) Voy. sur tous les points le titre XXIV de la loi salique. Chez les Thuringiens la femme féconde valait aussi trois fois plus qu'un homme. Voy. Loi des Thuringiens, tit. I et X. Par la même raison, le coup porté à une femme donnait lieu à une composition trois fois plus forte que le coup porté à un homme, d'après le tit. XXXI de la loi salique.

(2) Loi salique, tit. LXII, § 3, éd. Pardessus, p. 23.

(3) Tacite, *Germanie*, § 22.

Reste encore un dernier cas de meurtre qui fait l'objet de dispositions spéciales et pour lequel le vergeld ordinaire est porté au triple, c'est celui où le coupable a caché le cadavre aux recherches de la famille (1). Ce texte est d'une grande importance, car il nous fait connaitre la division fondamentale du meurtre parmi les Francs et aussi chez les autres Barbares. En réalité le meurtre est public ou clandestin. Dans le premier cas, on lui applique les peines ordinaires que nous connaissons et alors il importe peu qu'il soit volontaire ou involontaire, qu'on le commette avec ou sans préméditation. Les lois barbares ne connaissent aucune de ces distinctions que consacrent nos lois modernes. L'homicide involontaire est puni aussi sévèrement que celui qui est commis volontairement, et le meurtre précédé de préméditation, comme nous dirions aujourd'hui l'assassinat, n'est pas réprimé plus rigoureusement, pourvu que dans tous ces cas le crime soit commis en public (2). Les lois barbares ne s'attachent donc pas à l'intention criminelle. Ce qui les frappe surtout, c'est le besoin de vengeance qu'éprouve la famille de la victime et la nécessité de réparer le dommage causé; on s'explique ainsi qu'elles n'établissent aucune différence entre l'homicide sans imprudence, le meurtre sans préméditation et l'assassinat. De même, le vergeld est dû par le propriétaire de la bête qui a tué un homme. Seulement la loi salique, peut-être sous l'influence du droit romain, permet à ce propriétaire de ne payer qu'une demi composition, à la condition de faire l'abandon noxal de la bête (3). L'homme

(1) Loi salique, tit. LXI, § 2, éd. Pardessus, p. 23 : « *Si vero eum in poteum aut sub aqua miserit, aut de rammis, aut de quibuslibet rebus celaturus texerit*, XXIVM *dinarios, qui faciunt solidos* DC, *culpabilis judicetur.* » Cpr. le § 4 du même titre.

(2) La loi des Visigoths dit formellement qu'il importe peu que l'homicide soit commis volontairement ou involontairement : « *Quicumque deinceps occiderit hominem, si volens aut nolens homicidium perpetraverit..... ipse in potestate parentum vel propinquorum defuncti tradatur* (Walter, t. I, p. 668). Le même système est consacré par la loi des Thuringiens, tit. X, § 8 : « *Qui nolens vel casu quolibet hominem vulneravit vel occiderit, compositionem legitimam solvat.* — Voy. aussi loi des Saxons, tit. XII.

(3) Loi salique, tit. XXXVI, éd. Pardessus, p. 19 : « *Si quis homo ex quolibet*

le plus coupable, c'est celui qui, après avoir tué son semblable, cache le cadavre; par cette fraude, il essaie d'enlever à la famille le droit de vengeance et il tente de se soustraire à la réparation du mal qu'il a fait. Aussi la loi salique le punit-elle trois fois plus que le meurtrier ordinaire. La loi des Frisons et celle des Alamans sont encore plus sévères; elles lui imposent un vergeld neuf fois plus élevé que celui de l'homicide ordinaire (1).

Sans mettre à mort son semblable, on peut le blesser d'une manière plus ou moins grave. Tous les codes germaniques accordent une très large place aux coups et blessures, preuve manifeste de la brutalité des mœurs dans ces temps barbares. La loi salique, comme les autres codes de ce temps, entre dans des détails fort édifiants : 3 sous pour un à trois coups de bâton s'il n'y a pas eu effusion de sang; 9 sous pour les coups de poings; 15 sous si les coups ont fait couler et tomber le sang jusqu'à terre; 15 sous encore si les coups ont été portés sur la tête et ont mis le cerveau à découvert; 30 sous si la blessure du crâne a été telle qu'il en est sorti trois esquilles; 30 sous encore, plus 5 sous à raison des frais de maladie, si la blessure a pénétré entre les côtes jusqu'aux entrailles (2). Les mutilations sont plus graves, aussi la composition s'élève-t-elle à une somme plus forte. Elle varie de 30 à 200 sous pour avoir rendu un homme ingénu impuissant; 100 sous pour la perte d'un œil, du nez, d'une main ou d'un pied; 62 sous et demi si la main n'est pas entièrement détachée du bras; 50 sous pour la perte du gros doigt du pied ou de la main; 30 sous si le doigt n'est pas entièrement détaché; 35 sous si l'on a enlevé le second doigt qui sert à lancer la flèche; 50 sous si les trois autres doigts ont été

*quadrupedem domesticum furit occisus, et hoc per testibus fuerit adprobatus, medietatem compositionis dominus ipsius quadrupedis cogatur exsolvere. Ipse vero quadrupedem pro alia medietatem requirentem restituat.*

(1) Loi des Frisons, tit. XX, § 2. — Loi des Alamans, second fragment, § 42; loi des Alamans de Lothaire, chap. 49 ; loi des Alamans de Landfried, chap. 47. — Cpr. loi des Bavarois, tit. XVIII.

(2) Loi salique, tit. XVII (Pardessus, p. 11).

abattus ; 35 sous ou 30 sous s'il s'agit seulement de deux ou d'un de ces derniers doigts (1). Telles sont les seules blessures corporelles dont parle la loi salique ; elle était beaucoup moins complète que les autres lois barbares et laissait une foule de cas sous l'empire de la coutume non écrite. Il est probable que ce procédé a été jugé insuffisant, car la *lex emendata* parle de plusieurs délits qui n'étaient pas mentionnés dans le texte primitif de la loi salique : casser une dent, couper la langue, mutiler une oreille (2).

On ne nuit pas à son semblable seulement en le blessant ou en lui portant des coups : il est encore interdit de l'injurier. La loi salique consacre deux titres entiers au délit d'injure et le frappe d'une amende qui varie suivant la gravité entre 3 sous et 187 sous et demi. Les injures les plus légères consistent à appeler un homme lièvre ou renard ou à lui reprocher d'avoir jeté son bouclier. L'insulte devient beaucoup plus grave et l'amende s'élève à 62 sous et demi quand on dit d'un individu qu'il est le cuisinier des sorcières ou qu'il porte leur chaudron. Enfin l'amende la plus élevée est réservée à celui qui injurie une femme honnête en l'appelant sorcière (3). Mais le fait cesse d'être une injure et aucune peine n'est encourue s'il est reconnu exact. Celui qui, sans injurier un autre homme, porte contre lui devant le tribunal du roi une accusation calomnieuse, encourt une amende de 62 sous et demi si l'accusé est absent (4). La loi ne s'explique pas pour le cas où l'accusé aurait été présent et il semble bien résulter de son silence qu'alors il n'y a pas délit. La loi salique ne parle pas non plus des accusations calomnieuses portées devant les tribunaux autres que la cour du roi. Ces

(1) Loi salique, tit. XXIX (Pardessus, p. 16).

(2) *Lex emendata*, tit. XXXI (Pardessus, p. 296).

(3) Nous n'avons relevé que les injures les plus curieuses. Pour en connaître l'énumération complète, il suffit de se reporter au titre XXX (Pardessus, p. 17) de la loi salique. Les injures prévues par cette loi sont-elles les seules qui donnent lieu à une composition, ou bien le législateur a-t-il voulu, comme en matière de coups et blessures, laisser certaines injures sous l'empire de la coutume ? On ne peut répondre à cette question avec certitude.

(4) Loi salique, tit. XVIII (Pardessus, p. 12).

accusations sont-elles impunies ou bien s'agit-il de délits soumis à la coutume non écrite? Cette seconde solution paraît préférable.

On peut encore nuire à la personne d'autrui au moyen des maléfices (1). Celui qui fait mourir un homme en lui donnant des armes magiques, encourt une composition de 200 sous; la peine est réduite à 62 sous si la mort n'en est pas suivie. Les magiciennes qui se nourrissent de chair humaine sont menacées d'une amende de 200 sous (2). La sorcière qui rend une femme stérile encourt une composition de 62 sous et demi (3). Les autres faits de sorcellerie sont abandonnés à la coutume ou réprimés par des textes qui ne sont pas parvenus jusqu'à nous (4).

Enfin on peut encore nuire à quelqu'un dans sa personne en le privant injustement de la liberté. La loi salique ne donne à un particulier le droit d'arrêter (*ligare*) un homme ingénu qu'autant que celui-ci est pris en flagrant délit et à la condition de le conduire immédiatement devant les juges. Une amende de 30 sous frappe celui qui arrête un ingénu en dehors du cas de flagrant délit et une amende de 15 sous est prononcée contre celui qui ne le conduit pas directement devant le juge (5).

Il ne suffit pas de protéger la personne : il est aussi nécessaire de garantir la famille contre tous les faits qui sont de nature à la troubler ou à la corrompre. Le titre XV de la loi salique porte : « Celui qui prend la femme d'un autre, du vi-

(1) Loi salique, tit. XIX (Pardessus, p. 12).

(2) Merkel, Novelle 179. — Cpr. loi salique, tit. LXIV de l'éd. Merkel et lois de Rotharis, chap. 79.

(3) Merkel, Novelle § 54. — Cpr. *lex emendata*, tit. XXI, § 4.

(4) On lit dans le tit. LXXXV de la loi des Ripuaires : « Si un homme ou une femme ripuaire fait périr quelqu'un par des poisons ou des maléfices quelconques (*per venenum seu per aliquod maleficium*), il payera le vergeld. Si ces poisons ou ces maléfices, sans avoir donné la mort, ont produit une maladie ou une débilitation du corps, il sera déclaré coupable pour 100 sous. »

(5) Loi salique, tit. XXXII (Pardessus, p. 18). La *lex antiqua* n'établit aucune distinction entre le Franc et le Romain, mais dans la *lex emendata* (tit. XXXIV, § 4 (Pardessus, p. 229), on voit que l'amende est réduite à 15 sous lorsque c'est un Franc qui arrête arbitrairement un Romain.

vant du mari, sera déclaré coupable pour 8,000 deniers qui font 200 sous. » S'agit-il dans ce texte d'adultère ou de bigamie? La question est douteuse. Il est probable cependant que la loi salique a songé à celui qui épouse la femme d'un autre de son vivant. Un second texte, en effet, de la même loi (tit. XIII, § 6) emploie les mêmes expressions (*tulerit*) pour celui qui épouse la fiancée d'autrui et le punit d'une amende de 62 sous et demi.

La loi salique ne paraît pas avoir parlé de l'adultère de la femme. Certains auteurs en ont conclu que ce crime était puni d'après la coutume non écrite. Il est plus probable que la femme adultère était abandonnée à son mari ou à sa famille qui avait le droit de la tuer impunément. C'était déjà la règle chez les Germains (1) et elle est reproduite expressément par la loi des Visigoths (2). Le silence de la loi salique sur la femme qui commet volontairement le crime de bigamie ou sur la fiancée qui épouse un autre homme, s'explique de la même manière (3).

Les liaisons illicites entre homme et femme non mariés sont aussi de véritables attentats contre la famille. Aussi la loi salique les réprime-t-elle sévèrement. Celui qui s'unit en dehors du mariage avec une jeune fille, doit une amende de 45 sous, malgré le consentement de la fille (4). Un homme libre qui vit maritalement avec une femme esclave devient lui-même l'esclave du maître de la femme; s'il s'agit de rapports accidentels, il doit une composition de 30 sous ou de 15 sous suivant que la femme appartient au roi ou à un autre maître (5). Des peines sévères sont prononcées contre les hommes esclaves coupables d'incontinence, mais la loi salique garde le silence pour les femmes, libres ou esclaves,

(1) Tacite, *Germanie*, § 19.
(2) III, 4, 3.
(3) Loi des Visigoths, III, 4, 2. — La loi des Burgondes (tit. LII) prononce la peine de mort contre cette fiancée.
(4) Loi salique amendée, tit. XIV, § 14 (Pardessus, p. 287).
(5) Loi salique, tit. XXV, § 1 et 2 (Pardessus, p. 13).

qui commettent le même fait. Ce délit est donc abandonné à la coutume non écrite (1).

Le viol, le rapt, les attouchements illicites, forment des crimes qui attentent à la fois à la personne et à la famille. La loi salique frappe d'une amende de 62 sous et demi le viol d'une jeune fille ingénue commis par un homme libre; les autres cas de viol, notamment celui d'une femme litique ou d'une ingénue, sont abandonnés à la coutume non écrite. Lorsque le coupable est un esclave, il encourt la flagellation, à moins que son maître ne paye une composition de 3 sous (2). L'ingénu coupable de rapt est condamné à une composition de 63 sous; si le criminel a été assisté de trois individus, chaque complice paye 30 sous; les complices étaient-ils plus nombreux, ils doivent chacun 8 sous ou 5 sous, selon qu'ils étaient ou non armés de flèches (3). S'il s'agit d'une fille *in verbo regis*, le coupable paye, outre la composition, une somme égale à titre de *fredus*. Lorsque le ravisseur est un lite ou un *puer regis* qui enlève une fille ingénue, il doit composer pour sa vie et si la fille le suit volontairement, elle perd son ingénuité. La loi des Visigoths punit le ravisseur de la perte de sa fortune s'il n'a pas d'enfants; ses biens vont à la femme enlevée ou à ses parents, et il devient lui-même leur esclave (4). La loi des Bavarois réprime plus sévèrement le rapt d'une vierge que celui d'une veuve (5). Enfin l'austérité des mœurs des Germains avait fait passer dans la loi salique des dispositions qui peuvent paraître un peu rigoureuses. Celui qui touche le doigt ou la main d'une

(1) Chez les Lombards, les parents doivent punir sévèrement leur fille, sinon elle est mise à la disposition du roi et réduite en esclavage. Lois de Rotharis, chap. 239. — D'après la loi des Visigoths, la fille perd tout droit à l'héritage paternel et si elle exerce le métier de prostituée, elle est expulsée de la ville après avoir reçu publiquement trois cents coups. III, 4., 17.

(2) Loi salique, tit. XXV, § 8 (Pardessus, p. 14).

(3) Loi salique, tit. XIII (Pardessus, p. 9).

(4) Loi des Visigoths, III, 3, 1 et 2.

(5) Loi des Bavarois, tit. VII, § 6 et 7. — La loi des Frisons prévoit en cette matière une foule de cas qu'il n'est pas nécessaire de rapporter ici. Voy. loi des Frisons, tit. IX, § 8 et 9, et tit. XV.

femme, avec une pensée voluptueuse, encourt une amende de 15 sous; cette amende s'élève à 30 sous pour le bras jusqu'au coude et à 35 sous au-dessus du coude (1). Les autres faits plus sérieux ne sont pas prévus. On les a donc laissés sous l'empire de la coutume non écrite.

Après les crimes commis contre les personnes ou la famille, les plus graves sont sans contredit ceux qui portent atteinte aux biens d'autrui. La loi salique entre dans de grands détails sur le vol. Le vol simple d'un objet mobilier est puni d'une amende de 15 sous qui s'élève à 35 si l'objet vaut 40 deniers. La peine est plus forte lorsque le vol a lieu sur la voie publique et que le voleur a pris fuite (2). Dans le cas où la personne volée appartient à la classe des lites ou des esclaves, la peine est diminuée (3). Enfin la loi salique ne punit pas le vol d'un objet d'une valeur inférieure à 2 deniers, à moins qu'il n'y ait eu effraction; il est possible que dans ce cas on appliquât la coutume non écrite.

Indépendamment de ces règles générales sur le vol, la loi s'occupe de certaines soustractions qui offrent une gravité particulière. Celui qui vole et vend comme esclave un Franc, doit payer une composition de 200 sous, comme s'il avait tué sa victime. Le vol et la vente d'un Gallo-Romain devraient logiquement donner lieu à une amende de 100 sous, somme qui serait due en cas de meurtre et cependant, par suite d'une anomalie qu'il ne faut pas chercher à expliquer, la loi salique ne prononce en pareil cas qu'une amende de 63 sous (4). Les autres lois barbares punissent aussi avec une grande sévérité le vol et la vente d'un homme libre, mais elles établissent une distinction suivant que cet homme est vendu dans sa province ou hors de sa province, probablement parce que dans ce second

(1) Loi salique, tit. XX (Pardessus, p. 12).
(2) Loi salique, tit. XVII, § 9 (Pardessus, p. 12).
(3) Loi salique, tit. XXXV, § 2 et 3 (Pardessus, p. 19).
(4) Loi salique, tit. XXXIX, § 3 et 4 (Pardessus, p. 21).

cas il lui est bien plus difficile de recouvrer sa liberté (1).

Le vol des esclaves est réprimé avec une sévérité particulière par la plupart des lois barbares : peine de mort chez les Burgondes; cent coups de fouet chez les Visigoths, plus l'obligation de donner quatre autres esclaves à la place de celui qui a été enlevé; peine pécuniaire du double de la valeur de l'esclave chez les Bavarois et du quadruple chez les Lombards (2). La loi salique pose une règle tout à fait différente : le vol d'un esclave est assimilé à celui d'un cheval ou d'une bête de somme et ne donne lieu qu'à une amende de 30 sous. La composition n'est plus élevée que dans des cas exceptionnels : 35 sous, si l'esclave a été transporté au delà de la mer; 45 sous, si l'esclave avait des aptitudes spéciales. Enfin lorsque l'esclave volé a emporté un objet quelconque appartenant à son maître, il faut payer, outre la composition ordinaire de 30 sous, une seconde composition de 30 sous et restituer l'objet volé. Il va sans dire que, dans tous les cas sans distinction, l'esclave volé doit être rendu à son maître (3).

Le vol des animaux domestiques, porcs, veaux, vaches, bœufs, taureaux, moutons, chèvres, chiens, oiseaux, abeilles, préoccupe singulièrement le législateur de la loi salique, comme ceux des autres lois barbares. Il entre dans des détails minutieux sur le vol de chacun de ces animaux et impose une composition plus ou moins élevée suivant l'âge de la bête, son aptitude à la reproduction, les services qu'elle rend, etc. (4). Nous ne relèverons qu'une particularité curieuse : la peine établie pour le vol d'animaux est plus élevée contre le pauvre que contre le riche. La loi salique a aussi

(1) Loi des Alamans, tit. XLVI, XLVIII. — Loi des Bavarois, tit. VIII, 4; tit. XV, 5. — Loi des Saxons, tit. II, 7. — Loi des Thuringiens, tit. VII, 5. — Lois de Luitprand, chap. XLVIII. — La loi des Lombards ne prévoit que le vol et la vente hors de la province.

(2) Loi des Burgondes, tit. IV, § 1. — Loi des Visigoths, VII, 3, 2. — Loi des Bavarois, tit. XV, chap. 1, § 1 et 2. — Lois de Luitprand, chap. 49.

(3) Loi salique, tit. X, XXXV et XXXIX (Pardessus, p. 8, 19, 20).

(4) Voy. pour les détails, loi salique, tit. II à VIII; tit. X, § 1; tit. XXXVIII.

consacré des dispositions spéciales au vol commis dans un moulin et au vol de bateaux (1).

Nous avons déjà dit que les vols commis avec violence ou sur un chemin public, sont fort sévèrement réprimés. Le vol avec violence donne lieu à une amende de 63 sous ou de 30 sous, selon que la victime est un Franc ou un Gallo-romain (2). L'amende est toujours de 63 sous si le vol a été commis ou tenté sur un chemin public (3). Ceux qui envahissent une ferme pour la piller encourent aussi chacun cette peine, même s'ils n'ont rien pu enlever (4).

Enfin il est un vol qui porte atteinte non seulement à la propriété, mais encore à la famille et à la religion; aussi la loi le punit-elle avec une sévérité particulière. Celui qui dépouille un cadavre avant qu'il soit mis en terre, encourt une amende de 62 sous et demi. S'il a été obligé de déterrer le cadavre, on le met hors la loi jusqu'au jour où les parents de la victime lui permettent de rentrer dans la société; mais alors il doit payer une composition de 200 sous. Quiconque lui donnerait asile avant cette époque encourrait une composition de 15 sous (5). La loi ne parle pas du cas où la violation de sépulture n'est pas accompagnée de vol. La peine est-elle la même dans les deux cas, ou bien le second est-il abandonné à la coutume non écrite, c'est là un point douteux (6).

Nous avons jusqu'à présent parlé des vols commis par les hommes libres. Lorsquele voleur est un esclave, il encourt une composition très légère, mais s'il ne peut pas la payer, il est soumis à un châtiment corporel (7).

(1) Loi salique, tit. XXXVIII (Pardessus, p. 20). Cpr. *lex emendata*, tit. XL (Pardessus, p. 301).

(2) Loi salique, tit. XIV, § 1 et 3 (Pardessus, p. 10).

(3) Loi salique, tit. XVII, § 9 (Pardessus, p. 12). La *lex emendata* a réduit l'amende à 30 sous.

(4) Loi salique, tit. XIV, § 6 (Pardessus, p. 10).

(5) Loi salique, tit. LV (Pardessus, p. 30). — Ces dispositions ont été modifiées ou complétées par la *lex emendata* (tit. LVII) (Pardessus, p. 314).

(6) Ce qui est certain, c'est que les autres lois barbares prévoient les deux cas, soit qu'elles les distinguent, soit qu'elles les confondent. Loi des Alamans, tit. L. — Loi des Bavarois, tit. XVIII, § 2. — Lois de Rotharis, chap. 15.

(7) Voy. loi salique, tit. XII (Pardessus, p. 9).

Dans tout ce qui précède nous avons supposé que le vol n'est pas flagrant ou, comme auraient dit les jurisconsultes romains, manifeste. Il est curieux de constater que toutes les législations primitives se montrent d'une rigueur exceptionnelle vis-à-vis du voleur pris en flagrant délit. Chez les Francs Saliens, le voleur non manifeste peut composer; celui qui est pris sur le fait encourt la peine de mort sans qu'il ait le droit de se racheter (1). Telle est du moins la rigueur du capitulaire de Childebert qui, sur ce point, n'innovait pas, mais se bornait à préciser le droit antérieur en déterminant les conditions du flagrant délit. La même peine de mort sans composition est prononcée contre le voleur pris sur le fait par la loi des Ripuaires et par les lois anglo-saxonnes (2). Dans les anciennes lois suédoises, ce voleur est battu de verges ou perd les oreilles sans qu'il puisse offrir une composition (3). En Norvège, d'après le code de Magnus, on peut tuer impunément le voleur pris en flagrant délit dans la maison ou dans l'enclos (4). Les Grágás consacrent ce même droit de vie et de mort sur le voleur manifeste et on le retrouve parmi les Tchèques dans le manuscrit de la Montagne Verte ainsi que dans l'ancien droit russe (5). Les anciens usages du Danemark veulent que ce voleur soit mis à mort sur le champ, sans preuve ni jugement (6). Il en est de même dans l'ancien droit de la Lithuanie (7). La loi de Moïse ne permet de tuer le voleur en flagrant délit, qu'autant qu'il est surpris pendant la nuit (8). Enfin, on sait que la loi des XII Tables inflige au voleur en cas de *furtum manifestum*, une peine très

(1) Capit. de Childebert, chap. 7, Boretius, 16.

(2) Loi des Ripuaires, tit. XII. — Lois de Canut, II, 26 et 64, dans Schmid, *Die Gesetze der Angelsachsen*, p. 287 et 305. Voy. ce que j'ai dit à cet égard dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, p. 318.

(3) Voy. Dareste, dans le *Journal des savants*, année 1880, p. 617.

(4) Dareste, dans le *Journal des savants*, année 1881, p. 303.

(5) Dareste dans le *Journal des savants*, année 1881, p. 500 et année 1885, p. 418 et 609.

(6) Dareste, dans le *Journal des savants*, année 1881, p. 115.

(7) Dareste, dans le *Journal des savants*, année 1885, p. 609.

(8) Exode XXII, 2 et 3. Voy. notre Code pénal, art. 322 et 329.

rigoureuse, tandis que le voleur en cas de *furtum non manifestum* est seulement puni d'une amende au double de la valeur de la chose enlevée (1). La même distinction est consacrée par la loi de Solon. Le voleur surpris en flagrant délit est conduit devant les undecemvirs qui, en cas d'aveu, le mettent à mort sans jugement préalable et en cas de dénégation, le traduisent devant les tribunaux où l'attend la peine capitale ; dans les autres cas, le voleur n'était en général soumis qu'à une action privée.

Cette différence de répression entre le vol flagrant et celui qui ne l'est pas nous surprend aujourd'hui ; c'est qu'en effet la culpabilité est la même dans les deux cas. Mais les anciennes législations se plaçaient à un autre point de vue et elles subissaient toutes l'influence de la vieille coutume primitive du droit de vengeance, car on ne saurait soutenir que leur uniformité sur cette matière soit le résultat du pur hasard. Le droit de vengeance a toujours été plus énergique en cas de flagrant délit : l'offensé sent plus vivement l'injure ou le tort qui est fait en sa présence à son bien, et lorsque le système des peines s'est substitué à celui de la guerre privée, il a subi l'influence de cette vieille idée.

L'incendie est avec le vol un des plus graves attentats que l'on puisse commettre contre la propriété d'autrui. Celui qui met le feu à une maison pendant le sommeil de ses habitants, encourt, d'après la loi salique (2), une amende de 63 sous. La *lex emendata* ajoute que l'incendiaire doit réparer le dommage causé et qu'en outre il est tenu d'une composition de 200 sous si une personne a péri dans les flammes (3). Il est bien probable que ces dispositions introduites dans la

(1) Gaius, III, 189. Le voleur pris de nuit en flagrant délit, pouvait être impunément mis à mort ; de jour, on n'avait ce droit qu'autant qu'il se défendait à main armée. Ce voleur manifeste était toujours flagellé ; ensuite on le précipitait de la Roche tarpéienne s'il était esclave. S'il était libre, un ordre du magistrat l'attribuait à la personne volée, mais on discutait sur le point de savoir s'il devenait purement et simplement esclave ou s'il était placé dans la condition d'un *adjudicatus*.

(2) Loi salique, tit. XVI, § 1 (Pardessus, p. 10).

(3) *Lex emendata*, tit. XVIII, § 1, 2 et 3 (Pardessus, p. 288).

*lex emendata* étaient déjà sous-entendues dans l'ancien texte de la loi salique. Ce qui est plus curieux, c'est que cette loi met sur la même ligne l'incendie d'une maison habitée et celui d'une grange avec la récolte qui s'y trouve ou celui d'une loge à porcs ou celui d'une étable; dans ces derniers cas comme dans le premier, la composition s'élève à 62 sous et demi. La peine est beaucoup plus légère s'il s'agit de l'incendie d'une haie ou d'une clôture : elle est descendue à 15 sous par le titre XVI de la loi salique. Cette disposition, on le remarquera, prouve bien manifestement qu'à l'époque de la rédaction de cette loi, les Francs connaissaient déjà, au moins en partie, la propriété foncière individuelle. Il faut en dire autant de celles qui punissent certains bris de clôture de compositions relativement élevées (1).

Il semble que les autres lois barbares aient puni plus sévèrement le crime d'incendie ; ainsi la loi des Visigoths veut que l'incendiaire d'une maison située dans une ville périsse lui-même dans les flammes (2). La loi des Ripuaires prononce une amende de 600 sous, outre la réparation du dommage et la *dilatura* contre l'ingénu qui, pendant la nuit, met le feu à une maison habitée (3). La peine est réduite à 35 sous si le coupable est un esclave. La loi salique ne parlant pas des incendies commis par des esclaves, on doit en conclure que sur ce point le droit commun est appliqué.

On peut nuire injustement à la fortune d'autrui, non seulement en faisant disparaître un bien par le vol ou en le détruisant par l'incendie, mais encore en causant un dommage à tel ou tel bien. Les dispositions de la loi salique relatives à ces dommages nous montrent sur quels biens se portaient les préférences des Francs. Ainsi on punit très sévèrement les dommages causés aux récoltes : composition de 3 sous contre celui qui traîne une herse ou passe avec une charrette au travers du champ d'autrui, dont la récolte

(1) Voy. loi salique, tit. XXXIV (Pardessus, p. 18).
(2) VIII, 2, 1.
(3) Loi des Ripuaires, tit. XVII.

commence à pousser ; composition de 9 sous s'il commet ce fait dans un temps voisin de la récolte ; composition de 15 sous contre celui qui envoie son bétail dans le champ d'autrui ou qui laboure ce champ sans sa permission ; composition de 30 sous contre celui qui, par esprit de vengeance, ouvre une barrière pour faire entrer le bétail dans le champ labouré d'autrui (1). La loi salique ne parle pour ainsi dire pas des délits commis contre les forêts, elle se borne à prononcer une amende de 15 sous contre celui qui enlève ou brûle du bois dans la forêt d'autrui ; l'amende est réduite à 3 sous si le bois était déjà en partie abattu (2). Celui qui trouve le bétail d'autrui sur son champ a le droit de le chasser, mais non de le maltraiter. S'il bat une de ces bêtes au point de la rendre impropre au service, il est tenu de la garder et d'en payer la valeur ; a-t-il commencé par nier le fait, il doit en outre payer 15 sous d'amende et la *dilatura* (3). Si le troupeau ainsi surpris est sans berger, le propriétaire du champ a le droit de l'enfermer, mais à la condition de prévenir les voisins ; autrement il devrait payer la valeur des bêtes qui meurent et une composition de 35 sous (4). D'une manière générale, toutes les fois qu'une personne nuit à la bête d'autrui, elle doit payer la valeur de cette bête, sauf à garder l'animal pour son compte et elle est en outre tenue d'une amende de 15 sous si elle a commencé par nier le fait (5).

Les Francs devaient éprouver une grande affection pour leurs chevaux comme le prouvent les dispositions rigoureuses destinées à protéger ces animaux : le seul fait de couper les crins d'un cheval était puni de 3 sous d'amende et celui qui montait le cheval d'autrui sans la permission du propriétaire

(1) Loi salique, tit. IX, § 8 ; tit. XXVII, § 5, 20, 21 ; tit. XXXIV, § 2 et 3 (Pardessus, p. 8, 15, 18). — Cpr. Loi des Ripuaires, tit. XLVI. — Lois de Rotharis, chap. 359.

(2) Loi salique, tit. XXVII, § 16 et suiv. (Pardessus, p. 15).

(3) Loi salique, tit. IX, § 1 (Pardessus, p. 7).

(4) Loi salique, tit. IX, § 2, 5, 6, 7 (Pardessus, p. 7 et 8).

(5) Loi salique, tit. IX, § 3 (Pardessus, p. 7).

encourait une amende de 30 sous (1). On rencontre des dispositions analogues dans les autres lois barbares (2).

La chasse était libre et permise à tous, à moins qu'il ne s'agit d'une forêt appartenant au roi ou à un particulier; dans ce dernier cas le propriétaire seul avait le droit d'y chasser et Grégoire de Tours nous apprend que les rois mérovingiens punissaient très sévèrement ceux qui poursuivaient du gibier dans leurs forêts privées (3). Celui qui volait et cachait à la fois le gibier d'autrui encourait une amende particulièrement rigoureuse de 45 sous (4). Mais si ces deux circonstances n'étaient pas réunies, on n'appliquait que la peine ordinaire du vol. Telles étaient d'ailleurs les seules dispositions que contenait l'ancienne loi salique sur la chasse. La *lex emendata* est plus complète (5).

On pouvait encore nuire à un propriétaire en affranchissant indûment son esclave. Dans ce cas l'affranchissement n'en était pas moins valable, mais le tiers coupable de cette fraude devait payer au maître la valeur de l'esclave et une composition de 35 sous (6). De même celui qui faisait frauduleusement passer le lite d'autrui dans la classe des hommes libres au moyen de l'affranchissement par le denier, encourait une composition de 100 sous (7). Nous avons vu que celui qui épousait une veuve devait payer le *reipus;* s'il ne le faisait pas, il était menacé d'une amende de 62 sous et demi au profit de ceux qui avaient droit au *reipus* (8). Nous savons aussi qu'en cas de mariage entre libre et esclave sans le consentement du maître, la personne libre devenait esclave (9).

(1) Loi salique, tit. XXIII, et tit. XXVII, § 8 (Pardessus, p. 13, 15).
(2) Loi des Ripuaires, tit. XLII. — Loi des Visigoths, VIII, 4, 3. — Lois de Rotharis, chap. 343.
(3) Grégoire de Tours, liv. X, § 10.
(4) Loi salique, tit. XXXIII, § 1 (Pardessus, p. 18).
(5) Tit. XXXV (Pardessus, p. 299).
(6) Loi salique, tit. XXVI (Pardessus, p. 14).
(7) Loi salique, tit. XXVI (Pardessus, p. 14).
(8) Loi salique, tit XLIV (Pardessus, p. 24).
(9) Loi salique, tit. XXV, § 5 (Pardessus, p. 14). — Cpr. Capit. de 819, cap. 2, 3, Pertz, *Leges*, I, 225; Boretius, 292.

Enfin il semble bien que le refus d'exécuter un contrat valablement formé, par exemple de restituer la chose prêtée, ait été considéré comme un véritable délit. Le débiteur était trois fois sommé d'exécuter le contrat et chacune de ces sommations faite à un intervalle de sept nuits, entrainait une amende de 3 sous. Si la dernière sommation restait sans effet, la dette s'accroissait d'une composition de 15 sous. Le créancier ayant alors assigné le débiteur devant le tribunal du *tunginus*, celui-ci mettait son ban sur l'assigné pour l'empêcher de faire un paiement aux dépens du demandeur. Trois sommations à des intervalles de neuf nuits suivaient cette décision judiciaire et, suivant certains auteurs, chacune d'elles augmentait encore la dette de 3 sous; mais cette solution est fort contestée (1). Enfin le créancier procédait à la saisie extrajudiciaire (2).

Ces délits nous amènent à parler d'une nouvelle classe d'infractions à la loi pénale, qu'on peut appeler délits de procédure. Tous ces délits ont pour objet d'assurer une exacte soumission à la loi de la part des plaideurs comme de la part des juges. Nous les avons déjà rencontrés en étudiant l'instruction des procès et il nous suffira maintenant d'en donner un tableau résumé.

Si le défendeur ne comparait pas à la suite d'un ajournement régulièrement lancé contre lui et n'invoque aucune excuse légitime, il encourt une composition de 15 sous; la même peine menace le demandeur qui ne viendrait pas en justice. S'il s'agissait de comparaître à la cour du roi, les peines seraient encore bien plus graves; la mise hors la loi et la confiscation (3). Une fois les parties comparues, il faut que les rachimbourgs leur rendent la justice. S'ils refusent de juger, la partie intéressée somme sept d'entre eux dans la forme solennelle du *tangano* de rendre la justice avant le

(1) Voy. dans ce sens Sohm, *Procédure de la loi salique*. — En sens contraire Meibom, *Das deutsche Pfandrecht*, p. 71 et 194.

(2) Voy. Loi salique, tit. L et LII (Pardessus, p. 28 et 30).

(3) Loi salique, tit. I et LVI (Pardessus, p. 3 et 31).

coucher du soleil. Refusent-ils après cette mise en demeure, ils encourent par ce seul fait une amende de 3 sous et s'ils persistent dans leur refus jusqu'à la fin du jour, chacun d'eux doit payer 15 sous (1). La même peine est prononcée contre le témoin qui ne comparaît pas en justice ou qui, après avoir comparu, refuse de déposer (2). Elle menace aussi le faux témoin (3). Il est curieux de constater que le faux témoignage et le refus de témoigner soient mis sur la même ligne, car le premier fait est beaucoup plus grave. Mais on ne s'étonne plus de cette assimilation, lorsqu'on voit la loi salique ne prononcer encore qu'une amende de 15 sous contre la partie coupable de parjure. Les cojureurs de ce plaideur s'étant rendus complices d'un parjure, doivent chacun une amende de 5 sous (4). Mais à la différence du témoin, le cojureur qui refuse d'assister une partie n'encourt aucune responsabilité. On s'explique très bien cette différence : le témoin devant seulement déclarer ce qu'il sait de l'affaire, ne peut avoir aucune bonne raison pour refuser son assistance. Mais on demande au cojureur tout autre chose, attester la parfaite honorabilité de celui qui l'appelle à son aide. Ce fait ne saurait être obligatoire : c'est même, comme nous l'avons vu, un devoir pour le cojureur de refuser son assistance s'il croit que le plaideur a commis un parjure.

Une fois le jugement rendu, la partie condamnée doit l'exécuter. Nous avons déjà dit que si le défendeur ne comparaît pas, il est, pour ce seul fait, tenu de payer une amende de 15 sous; il est ensuite condamné par défaut et s'il ne se soumet pas, on l'appelle devant le tribunal du roi qui prononce sa mise hors la loi et la confiscation de ses biens (5). Celui qui attaque les rachimbourgs sous prétexte qu'ils ont mal appliqué la loi doit payer une amende de 15 sous s'il

(1) Loi salique, tit. LVII (Pardessus, p. 32).
(2) Loi salique, tit. XLIX (Pardessus, p. 27).
(3) Loi salique, tit. XLVIII, § 1, combiné avec le tit. XLIV (Pardessus, p. 27).
(4) Loi salique, tit. XLVIII, § 2 (Pardessus, p. 27).
(5) Loi salique, tit. LVI (Pardessus, p. 31).

succombe dans sa prétention. Est-il établi au contraire que les rachimbourgs ont, de mauvaise foi, violé la loi, ce sont eux qui encourent chacun une composition de 15 sous au profit du plaideur injustement condamné (1). Lorsque le comte refuse à tort de prêter son ministère à la saisie des biens du condamné, la loi salique (2) le punit avec la dernière rigueur : il doit racheter sa vie, c'est-à-dire payer une composition de 600 sous, somme égale à celle dont serait tenu celui qui le mettrait à mort. La même peine menace le comte qui, en procédant à une saisie judiciaire, s'empare d'objets mobiliers au-delà de ce qui est dû et de ce que la loi permet de prendre (3). Si le comte ne paye pas cette énorme amende, il est privé de la protection des lois et peut être impunément mis à mort. Comme à l'époque de la rédaction de la loi salique, les jugements n'étaient pas rédigés par écrit, il était assez difficile au comte de savoir si la réquisition de saisie était bien ou mal fondée. En fait, le comte devait y obtempérer presque toujours, à cause de l'amende énorme qui le menaçait en cas de refus injuste. La loi salique avait prévu ce danger et elle avait essayé d'y remédier en prononçant une forte peine contre celui qui requérait illégalement une saisie ou qui se déclarait créancier pour une somme supérieure au montant de la condamnation : l'amende était de 200 sous, par conséquent égale au vergeld d'un ingénu. En d'autres termes, le requérant devait, comme le comte, racheter sa vie (4).

En terminant l'étude de ces délits de procédure, nous rappellerons que des amendes étaient également prononcées dans la procédure spéciale qui avait pour objet la recherche des choses volées.

Telles sont les principales infractions prévues par la loi salique. Plusieurs observations se dégagent de la longue

(1) Loi salique, tit. LVII (Pardessus, p. 30).
(2) Loi salique, tit. L, § 2 (Pardessus, p. 29).
(3) Loi salique, tit. LI, § 2 (Pardessus, p. 29).
(4) Loi salique, tit. LI (Pardessus, p. 29).

liste de délits que nous venons de passer en revue. Et d'abord quelqu'étendue que soit cette énumération, elle n'est pas complète ; un certain nombre de délits restaient donc sous l'empire de la coutume non écrite. On remarquera aussi que la loi salique ne considère l'intention criminelle que comme un élément secondaire des infractions. Sur ce point, les auteurs sont toutefois loin de s'entendre. Les uns prétendent que, dans la loi salique, l'élément intentionnel joue un rôle considérable, tandis que dans l'opinion d'autres auteurs, il n'en serait tenu aucun compte (1). Ces deux doctrines sont l'une et l'autre exagérées. Dans certains cas l'intention est indispensable pour le délit. Ainsi une amende de 15 sous est prononcée contre celui qui fait entrer son bétail dans la récolte d'un autre s'il a agi dans une mauvaise intention (2). De même le dépôt de choses volées sur le terrain d'autrui est puni d'une forte amende à la condition qu'il ait eu lieu avec l'intention de compromettre le propriétaire du terrain (3). De même encore le titre IX prononce une composition de 30 sous contre celui qui a ouvert une barrière par inimitié ou par bravade, *inimicitia aut per superbia*, si le bétail a profité de ce fait pour entrer et endommager la récolte. Il y a même, suivant certains historiens, des cas où l'intention seule est punie. Ainsi celui qui pénètre dans le jardin d'autrui ou dans un champ de navets, de fèves, de pois ou de lentilles avec l'intention d'y voler est pour ce seul fait puni d'une amende de 3 sous, bien qu'en réalité il n'ait rien enlevé (4). On pourrait toutefois prétendre que, dans ce cas, ce que la loi punit, c'est la tentative de vol, et cette seconde interprétation paraît plus exacte, car, quoi qu'on en ait dit,

(1) Voy. en sens divers : Thonissen, *L'organisation judiciaire de la loi salique*, liv. I[er], sect. 3, chap. 1[er]. — Waitz, *Das alte Recht der salischen Franken*. — Kostlin, *System des deutschen Strafrechts*, p. 179. — Bar, *Das Beweisurtheil der germanischen Processes*, p. 64 et suiv.

(2) Loi salique, tit. XXVII, § 5, 6, 7 (Pardessus, p. 15).

(3) On en trouvera des applications dans le titre XXVII (Pardessus, p. 15).

(4) Loi salique, tit. XXVII, § 6 et 7 (Pardessus, p. 15). Cpr. loi des Bavarois, tit. VIII ; tit. XII, § 1 et 2. — Loi des Burgondes, tit. XXVII, § 9.

à l'intention de l'auteur, la loi exige qu'un fait matériel vienne se joindre, l'entrée dans le jardin ou sur le champ d'autrui.

Mais, on le remarquera, il s'agit dans tous ces différents cas de délits relativement secondaires. Si l'on prend le crime le plus grave de tous, le meurtre de l'homme, on constate que la loi prononce toujours la même composition sans se préoccuper de l'intention ; elle ne distingue même pas entre l'assassinat, le meurtre et l'homicide par imprudence. De même s'il s'agit de coups et blessures, la loi salique et avec elle les autres lois barbares recherchent avec un grand soin quels ont été les résultats de la blessure, s'ils ont produit une infirmité, une incapacité de travailler ou de combattre et, suivant les circonstances, elles fixent une composition plus ou moins élevée. Mais nulle part on ne voit que le législateur ait songé à l'intention plus ou moins méchante de l'auteur pour déterminer le montant de la composition. La même observation s'applique au crime d'incendie. On peut donc dire qu'en général, et sauf certaines exceptions, l'intention n'est pas à cette époque un élément essentiel du délit. Qu'on se reporte aux lois des Anglo-Saxons et on verra qu'elles consacrent peut-être avec plus d'énergie encore ce même système (1). C'est là en effet un caractère très général des législations primitives : on ne distingue pas le tort involontaire du mal volontaire, soit qu'il s'agisse avant tout de réparer un dommage dont la cause est d'un intérêt secondaire, soit qu'on ait établi une composition pour éviter la vengeance qui aurait été exercée dans tous les cas à défaut de cette composition. Ainsi l'ancien droit de la Norvège frappe d'une amende l'homicide involontaire ; c'est moins pour punir l'auteur que pour éviter la guerre privée. Il en est de même dans l'ancien droit russe : dans la réforme du code de Jaroslav on a pour la première fois admis que le meurtre ne serait puni qu'autant qu'il serait intentionnel (2). Dans le Brabant, on a pendant

(1) Voy. mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I et II.

(2) Voy. Dareste, dans le *Journal des savants*, année 1881, p. 303 et année 1885, p. 655.

des siècles vécu sous l'influence de ces fausses notions du droit de punir et plus d'une fois le souverain dut intervenir pour empêcher de condamner les auteurs d'homicides occasionnés par des faits entièrement indépendants de leur volonté (1). Mais des notions plus exactes du droit de punir se sont au contraire de très bonne heure fait jour dans le midi sous l'influence du droit romain et de l'Église. Ainsi la loi des Visigoths proclame qu'il serait injuste d'appliquer la peine du meurtre lorsque l'intention de tuer n'existe pas; pour le cas d'homicide accidentel, elle établit une série de distinctions; elle le déclare parfois innocent, d'autres fois le punit, mais moins sévèrement. De même elle distingue aussi entre l'incendie volontaire et l'incendie accidentel (2). L'édit de Rotharis (chap. 389) proclame que le meurtre involontaire ne donne pas lieu à la *faida*. D'après la loi de Luitprand, l'auteur d'un homicide involontaire ne doit que le tiers de la composition ordinaire si la victime a elle-même commis quelqu'imprudence (3).

Les rédacteurs de la loi salique ne parviennent pas non plus à établir un véritable système pour la tentative ou la complicité. Ils procèdent par tâtonnements, sans poser aucune règle générale. Dans certains cas, toujours les plus graves, ils punissent la tentative ou la complicité, parfois même d'une manière assez arbitraire. Mais pour la plupart des cas ils gardent le silence et il en résulte que la tentative n'est pas punie, pas plus que la complicité. L'absence de toute disposition générale sur ces matières conduit en effet nécessairement à décider qu'en principe la tentative et la complicité ne sont pas punies, à moins que la loi n'ait dit le contraire dans un texte formel. Ainsi celui qui tente de tuer un Franc en le jetant au fond d'un puits est tenu d'une composition de 100 sous. La peine est donc fixée à la moitié de ce qui se-

(1) Voy. la joyeuse entrée de Marie de Bourgogne, art. 44. — Poullet, *Mémoire sur l'histoire du droit pénal dans l'ancien duché de Brabant*, p. 242 et suiv.

(2) Loi des Visigoths, V, 5, 1 et suiv.; VI, 5, 12 *in fine;* VIII, 2, 3. Mais elle contient cependant des traces de l'ancien système. Voy. page 560, note 2.

(3) Lois de Luitprand, chap. 136.

rait dû si le crime avait été consommé. Mais s'il y a eu tentative de meurtre par empoisonnement ou au moyen de coups et blessures, la peine n'est plus que de 62 sous et demi. Pour quel motif la tentative est-elle moins sévèrement punie dans ce dernier cas? Il serait difficile de le dire. Evidemment le législateur de la loi salique a statué pour chaque cas sans se préoccuper des autres, sans songer à un principe général et il a été amené par ce procédé à consacrer des anomalies choquantes (1). Dans la tentative de vol, on aperçoit cependant une idée dominante. Cette tentative est punie de 3 sous si elle a lieu dans un champ de légumes; de 15 sous si elle est faite dans un jardin; de 30 sous si elle est commise dans une maison; de 62 sous et demi si elle a lieu dans un chemin public. Le législateur a évidemment pensé qu'il fallait augmenter la peine avec le danger qu'aurait couru la paix publique si le crime avait été consommé (2).

Les dispositions relatives à la complicité sont encore plus rares. Ici aussi le législateur ne statue que sur des cas particuliers, sans poser aucune règle générale. Celui qui, moyennant argent, provoque à commettre un crime de vol, peut-être même de meurtre à cette occasion, est tenu de payer 62 sous et demi (3). La même peine frappe celui qui se charge de transmettre cette proposition (4). Il est beaucoup moins grave d'engager un esclave à prendre la fuite; aussi la composition est-elle réduite à 15 sous (5).

Il est possible d'ailleurs que, dans le silence de la loi salique, certaines tentatives, certaines complicités aient été punies par la loi non écrite.

(1) Loi salique, tit. XVII, § 1 et 2; tit. XIX, § 1 et 2; tit. XXVIII, § 1; tit. XLI, § 1 et 5.

(2) Loi salique, tit. XI, et 5 et 6; tit. XVII, § 9; tit. XXVII, § 6 et 7 (Pardessus, p. 9, 12, 15).

(3) Loi salique, tit. XXVIII, § 1 et 2 (Pardessus, p. 16).

(4) Loi salique, tit. XXVIII, § 3 (Pardessus, p. 16).

(5) Loi salique, tit. XXXIX, § 1 (Pardessus, p. 20).

## § 52. — LE DROIT PÉNAL SOUS LES CAROLINGIENS.

Nous avons vu que la loi salique avait probablement consacré le principe de la composition obligatoire, aussi bien pour l'offenseur que pour l'offensé. Mais chez d'autres peuples barbares on n'avait pas ainsi procédé; la composition était demeurée facultative et n'excluait pas le droit de vengeance. D'un autre côté, même chez les Francs, la loi fut assez mal observée et nous avons constaté précédemment qu'en fait le droit de vengeance s'exerçait assez souvent. C'est en vain que la monarchie mérovingienne s'était attaquée à ce vieil usage et avait même pris parfois des mesures rigoureuses contre ceux qui y restaient attachés. D'ailleurs ne peut-on pas dire encore que la loi salique elle-même, dans les cas où elle admettait l'application de la peine de mort à défaut de composition, faisait une sorte de retour au droit de vengeance? Le coupable n'était-il pas en effet mis à la discrétion de l'offensé et de sa famille qui avait le droit de le tuer impunément ?

Sous les Carolingiens, le caractère de droit divin de la nouvelle monarchie contribua puissamment à favoriser la substitution de l'État à la personne de l'offensé et à sa famille. On commence à comprendre que quiconque commet un crime trouble la paix publique, le roi et Dieu. Comme le roi est chargé de faire respecter l'ordre humain et l'ordre divin, il est tout naturel qu'il établisse des peines et celles-ci tendent de plus en plus à remplacer la vengeance et la composition. Aussi la peine de mort se rencontre-t-elle bien plus souvent dans les capitulaires que dans les lois barbares; à côté d'elle figurent même, comme nous le verrons, d'autres peines à peu près inconnues auparavant. Aussi les comtes et les vicaires doivent-ils être pourvus de potences; on y pend les gens de petite condition; la peine de la décapitation est réservée aux grands. Charlemagne s'attache à prohiber complétement l'exercice du droit de vengeance,

mais le renouvellement même des dispositions qui l'interdisent prouve manifestement que cette prohibition n'était pas observée. D'après un capitulaire rendu à Héristal en 779 et d'une application générale à tout l'empire, celui qui ne veut pas payer la composition et celui qui ne veut pas la recevoir, doivent être livrés aux magistrats du roi qui les enverront dans un lieu où ils ne pourront pas recourir au droit de vengeance, c'est-à-dire en exil (1). En 789, Charlemagne renouvela sa défense relative à ce droit de vengeance (2); la même interdiction fut encore prononcée par le célèbre capitulaire rendu en 802 à la suite de la grande assemblée d'Aix-la-Chapelle (3). On retrouve une disposition analogue dans un capitulaire de 805 (4). Charlemagne voulut interdire le droit de vengeance même en Saxe et en Frise (5), mais il dut bientôt reconnaître que ces populations étaient encore trop barbares pour qu'on pût les soumettre d'une manière aussi absolue au régime des compositions obligatoires. Aussi le droit de vengeance reparut-il, mais avec d'importantes restrictions, au moment de la rédaction de la loi des Frisons et de celle des Saxons (6). D'ailleurs il ne paraît pas que Charlemagne ait été beaucoup plus heureux dans les autres parties de son empire; le système de la composition obligatoire et la prohibition du droit de vengeance rencontrèrent de nombreuses résistances. C'est en vain que Louis le Débonnaire essaya à deux reprises, en 817 et en 829, de renouveler les prohibitions de son père et de décider qu'entre particuliers il n'y aurait lieu qu'à une composition sous peine d'exil

(1) Capit. de 779, cap. 22, Pertz, *Leges*, I, 39; Boretius, 51 : « *Si quis pro faida precium repicere non vult, tunc ad nos sit transmissus, et nos eum dirigamus ubi damnum minime facere possit. Simili modo et qui pro faida pretium solvere noluerit nec justitiam exinde facere, in toto loco eum mittere volumus ut per eum major damnum non crescat.*

(2) Capit. de 789, cap. 66, Pertz, *Leges*, I, 64.

(3) Capit. de 802, cap. 32, Pertz, *Leges*, I, 95 ; Boretius, 97.

(4) Capit. de 805, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 133 ; Boretius 123.

(5) Capit. de 785, cap. 31, Pertz, *Leges*, I, 50. — On remarquera toutefois que ce capitulaire concerne seulement la Saxe.

(6) Loi des Frisons, tit. II, § 5, 6, 7, 11. — Loi des Saxons, tit. II, § 5, 6; tit. III, § 4 ; tit. XII, § 5 ; tit. XIII.

pour celui qui refuserait de la payer ou de la recevoir (1). L'époque approchait où les vassaux même les plus directs du roi allaient méconnaître, tout au moins en fait, le principe de la monarchie, se constituer en petits souverains à peu près indépendants et s'entretuer dans des guerres privées.

Sous les Carolingiens, les notions relatives au droit de punir ne prennent une certaine fixité que dans la mesure où elles se rattachent au principe de l'autorité royale. Sous tous les autres rapports la même incertitude continue à exister. C'est en vain qu'on chercherait dans les capitulaires une théorie sur les éléments du crime, sur le rôle que doit jouer l'intention, sur la tentative, sur la complicité, etc. On constate toutefois que les délits cessent de plus en plus d'être considérés comme de simples torts entre particuliers ; on voit en eux de véritables atteintes à la paix du roi et de l'Église. Aussi la prince est-il spécialement chargé de les réprimer; tandis que les lois barbares étaient à peu près muettes sur les peines, les capitulaires les multiplient : on les applique pour donner satisfaction à la vengeance publique, comme on payait auparavant la composition pour éteindre la vengeance privée (2). Parfois aussi la peine est présentée dans les capitulaires comme le moyen d'assurer la paix publique par tout le royaume (3). D'autres fois on en fait un moyen d'assurer la justice de Dieu sur la terre, parfois aussi on dit qu'il faut l'employer pour répandre la terreur parmi les méchants (4).

Les peines les plus fréquentes sont la mort, les châtiments

(1) Capit. de 817, cap. 13, Pertz, *Leges*, I, 212; Boretius, p. 284.—Capit. de 829, cap. 9, Pertz, *Leges*, I, 340 ; Boretius, 284. — Voy. aussi *Constitutio de exercitu promovendo* de Louis II (866), cap. 9, Pertz, *Leges*, I, 505. — Capit. de Carloman de 884, cap. 3, 10, 11, Pertz, *Leges*, I, 552.

(2) Cette idée apparait plus d'une fois dans les capitulaires. Voy. Capit. de 779, cap. 12, Pertz, *Leges*, I, 37 ; Boretius, 49. — Capit. de 789, cap. 66, Pertz, *Leges*, I, 64 ; Boretius, 59.

(3) Capit. de 779, cap. 8, Pertz, *Leges*, I, 36 ; Boretius, 48. — Capit. de 850, cap. 1 et 2, Pertz, *Leges*, I, 406.

(4) Capit. de 802, cap. 25, 32, 33, Pertz, *Leges*, I, 94 ; Boretius, p. 96 et 97. — Capit. de 853, cap. 7 et 12, Pertz, *Leges*, I, 425.

corporels, l'exil et la privation de la liberté. La peine de mort revient assez souvent dans les capitulaires, mais ils ont soin de dire qu'elle doit être appliquée par la justice seule et dans le cas où la loi le permet; c'est encore une manière de rappeler la prohibition du droit de vengeance (1). D'ailleurs tout en reconnaissant le droit d'asile dans les églises, les capitulaires n'admettent pas qu'il puisse protéger ceux qui ont encouru la peine capitale (2). Les peines corporelles autres que la mort ne sont pas rares et on les applique aussi bien aux hommes libres qu'aux esclaves, tandis que dans les lois barbares elles étaient réservées à ces derniers. Ainsi les capitulaires punissent le faux monnayeur de la perte de la main droite (3). Le voleur est aussi menacé de mutilations; pour un premier délit, on lui crève un œil; en cas de récidive il a le nez coupé; c'est seulement après une seconde récidive qu'il est mis à mort (4). On ne connaît pas l'emprisonnement tel que nous le pratiquons aujourd'hui, mais la contrainte par corps est appliquée à ceux qui ne payent pas la composition, le *fredus* ou toute autre peine pécuniaire (5). L'exil avec ou sans privation de la liberté est au contraire très fréquent. Quant aux peines relatives aux biens, ce sont surtout la confiscation totale ou partielle et l'amende. La confiscation de tout le patrimoine est nécessairement encourue par celui qui est condamné à mort ou à un exil avec priva-

(1) Capit. de 789, cap. 66, Pertz, *Leges*, I, 64; Boretius, 59. — Capit. de 808, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 152; Boretius, 139.

(2) Capit. de 779, cap. 8, Pertz, *Leges*, I, 36; Boretius, 48. — Capit. de 785, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 48; Boretius, 68.

(3) Capit. de 817 et capit. de 864, dans Gengler, *German. Rechtsdenkmäler*, 651 et 685. Le second de ces capitulaires contient déjà la distinction entre les pays de droit écrit et ceux où l'on n'appliquait pas la loi romaine; c'est seulement dans ces derniers que le faux monnayeur était puni de la perte de la main.

(4) Capit. de 779, Pertz, *Leges*, I, 38. — Cpr. Hefele, *Histoire des conciles* (trad. française), IV, p. 487.

(5) Capit. de 779, cap. 19, Pertz, *Leges*, I, 38; Boretius, p. 51. — Capit. de 803, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 117; Boretius, 117. — Capit. de 811, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 170; Boretius, 160. — Capit. de 813, cap. 12, Pertz, *Leges*, I, 188; Boretius, 171. — Capit de 817, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 210; Boretius, 281.

tion de la liberté. C'est aussi une conséquence de l'obligation de payer au roi l'amende de 60 sous pour rupture de son ban.

Enfin il faut relever que sous les Carolingiens les amendes au lieu d'être dues, comme précédemment, en sous d'or, de la valeur de quarante deniers, furent payables en sous d'argent représentant douze deniers. Ce changement fut introduit par suite de la suppression de la fabrication des sous d'or : si l'on avait voulu maintenir les anciens sous des amendes et compositions, il aurait fallu remanier tous les tarifs des lois. On trouva plus simple de conserver les anciens chiffres, seulement le sou d'or valant sept dixièmes de plus que le sou d'argent, les compositions et amendes furent abaissées dans la même proportion (1).

On voit que le système des peines a été singulièrement modifié par les Carolingiens. Il n'en est pas de même des délits. Ceux que nous avons rencontrés dans la loi salique existent encore sous la période suivante. Ainsi les délits privés contre les personnes, meurtres, coups, blessures, etc., ne subissent aucun changement ; ils continuent à donner lieu à une composition, laquelle est, comme nous l'avons vu, devenue obligatoire de part et d'autre. On se rappelle que l'exil est encouru par celui qui refuse de le recevoir et par celui qui refuse de la payer. L'édit de Chilpéric, qui avait prononcé la peine de mort d'une manière absolue contre tout meurtrier, est complétement tombé en désuétude ; la peine de mort n'est plus appliquée en cas de meurtre, qu'autant que le crime a été commis dans une église ou que la victime est un parent du criminel ; dans tous les autres cas, il y a lieu au paiement de la composition (2).

(1) Voy. Guérard, *Polyptique d'Irminon*, I, p. 130. — Viollet, *Etablissements de Saint Louis*, I, p. 247.

(2) Capit. de 803, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 113 ; Boretius, 113. — Capit. de 817, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 210 ; Boretius, 281. — Capit. de 819, cap. 1 et 2, Pertz, *Leges*, I, 353.

Les délits contre les biens ne subissent aucune modification (1).

Mais au contraire les capitulaires s'occupent très souvent des délits contre la religion ; c'est une conséquence du caractère de la nouvelle monarchie. D'ailleurs aucun principe ne préside à ces dispositions ; elles sont prises un peu au hasard et subissent parfois de fréquents changements. Certains crimes tels que la bigamie, l'inceste, les maléfices sont, en général, abandonnés au pouvoir disciplinaire de l'Église (2). En Saxe Charlemagne a pris contre le paganisme des mesures exceptionnelles qu'on ne saurait faire rentrer dans l'esprit général de sa législation. Il semble avoir, comme ses prédécesseurs, bien plutôt laissé à l'Église le soin de réprimer elle-même les hérésies et autres crimes contre la foi (3). Les successeurs de Charlemagne ont en général procédé de même. C'est à peine si l'on peut citer un capitulaire de Charles le Chauve de 873 qui punit de mort le crime de magie. Encore doit-on reconnaître que ce délit trouble à cette époque autant l'ordre public que la religion (4). Il faut en dire autant du faux serment commis en justice qui, d'après

(1) Nous relevons seulement dans un Capit. de 779, cap. 23 (Pertz, *Leges*, I, 39 ; Boretius, 51), une disposition relative au vol et ainsi conçue : « *Illa præcepimus observandum, ut pro prima culpa non moriatur, sed oculum perdat ; de secunda vero culpa nasus ipsius latronis abscidatur ; de tertia vero culpa, si non emendavit, moriatur.* » Cpr. Capit, de 806, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 146 ; Boretius, 156. — Capit. de 813, cap. 13, Pertz, *Leges*, I, 188 ; Boretius, 171.

(2) Capit. de 743, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 18 ; Boretius, 28. — Capit. de 785, cap. 20, Pertz, *Leges*, I, 49 ; Boretius, 69. — Capit de 786, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 51 ; Boretius, 202. — Capit. de 789, cap. 48, Pertz, *Leges*, I, 61 ; Boretius, 58. — Capit. de 829, cap. 20, Pertz, *Leges*, I, 344. Un capitulaire de 753 punit l'inceste de la confiscation, mais Charlemagne, par un capitulaire de 786, a décidé qu'à l'avenir ce crime ne donnerait plus lieu qu'à des peines ecclésiastiques. Capit. de 753, cap. 2 et suiv., Pertz, *Leges*, I, 22 ; Boretius, 40. — Capit. de 779, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 36 ; Boretius, 48. — Capit. de 786, cap. 4, Pertz, *Leges*, I, 51 ; Boretius, 202.

(3) Voy. par exemple capit. de 742, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 17 ; Boretius, 25. — Capit. de 744, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, 21 ; Boretius, 30. — Capit. de 769, cap. 7, Pertz, *Leges*, I, 33 ; Boretius, 45.

(4) Capit. de 873, cap. 7, Pertz, *Leges*, I, 520. Auparavant la magie ne donnait lieu qu'à des censures ecclésiastiques. Capit. de 786, cap. 2, Pertz, *Leges*, I, 51 ; Boretius, 202. — Capit. de 850, cap. 23, Pertz, *Leges*, I, 404.

l'ancien droit salique, donnait lieu à une amende de quinze sous et est puni sous les Carolingiens, comme nous l'avons vu, de la perte de la main.

Le christianisme avait emprunté à la législation hébraïque les peines contre la sodomie. Sous l'influence du christianisme, les empereurs romains réprimèrent aussi ce vice. Du droit romain, la peine contre la sodomie passa dans le droit des Visigoths et enfin les capitulaires carolingiens consacrèrent aussi l'existence du crime. Nous verrons qu'il continua à être réprimé pendant tout le moyen âge (1).

(1) Cpr. *Lévitique*, XX, 13. — *Collatio legum mosaïcarum et romanarum*, dans Giraud, *Enchiridion*, p. 293. — *Lex romana Visigothorum*, IX, L, 5. — Const. 3 et 6, c. th. *Ad legem Juliam de adulteriis*, 9, 7. — Add. IV des Capitulaires, dans Walter, II, 858. — *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap 90. — *Livre de jostice et de plet*, p. 279. — C'est une erreur de croire avec Justinien (§ 4, *I.*, *De publicis judiciis*, 4, 18) qu'une loi Julia, promulguée sous Auguste, aurait prononcé la peine de mort contre les sodomites. Voy. Rein, *Das Criminalrecht der Römer*; Viollet, *Etablissements de Saint Louis*, t. I, p. 254.

## CHAPITRE XII.

## L'Église et l'État.

---

### § 53. — TRANSFORMATIONS DE L'ÉGLISE PENDANT CETTE PÉRIODE.

On a dit que l'Église avait fondé la monarchie franque; d'autres ont prétendu que la monarchie franque avait fondé l'Église dans la société barbare. Pour demeurer dans la vérité historique, il ne faut pas s'en tenir à l'une ou l'autre de ces affirmations, mais les accepter toutes deux à la fois, en ajoutant cependant que les rois francs ont consolidé l'Église. Celle-ci se rendait un compte très exact de sa situation précaire au moment où les rois mérovingiens songèrent à fonder une puissante dynastie. Elle savait que l'Empire était partout menacé par l'arianisme et elle comprit qu'en s'alliant aux Francs elle pourrait peut-être conjurer le danger. L'arianisme faisait depuis quelque temps déjà de rapides progrès en Espagne et en Afrique. En Espagne, les Goths employaient les moyens les plus violents pour obliger les catholiques à embrasser la secte d'Arius; en Afrique, les mêmes persécutions étaient pratiquées par les Vandales (1). A certains moments le danger était même devenu imminent pour la Gaule. Ainsi le roi des Goths Euric (2) était sorti d'Espagne, avait envahi le sud de la Gaule et s'était même permis toutes sortes de violences contre les chrétiens des deux Aquitaines et dans la Novempopulanie (3). Pour arrêter le

(1) Grégoire de Tours, liv. I, § 1 et 2; liv. II, § 1 et 3.

(2) Ce roi régna de 466 à 484.

(3) Grégoire de Tours, liv. II, § 25 : « Au temps de cet évêque, Euric, roi des Goths, sortant des frontières d'Espagne, fit peser dans les Gaules, une cruelle persécution sur les chrétiens. Il ordonnait de décapiter tous ceux qui

flot montant de l'hérésie, il fallait établir, des Pyrénées au Rhin et de la mer aux Alpes, un puissant empire chrétien. Les Francs se présentèrent avec Clovis à leur tête; l'Église n'hésita pas à contracter alliance avec eux, et Clovis, qui fut un grand politique, comprit toute l'importance de l'appui que lui prêtèrent les évêques catholiques. Il traita surtout avec ceux de Reims et de Langres ; puis presque tous les autres évêques du pays suivirent cet exemple, notamment les deux évêques qui occupèrent successivement le siège de Tours pendant ces événements (1). Sans l'appui des évêques catholiques, il eut été impossible à Clovis d'entrer aussi facilement dans les Gaules, et il aurait été moins fort pour repousser les ennemis qui l'entouraient de toutes parts. L'alliance de Clovis et des évêques catholiques était antérieure à sa conversion. Les évêques préféraient encore un païen à un arien et ils comptaient bien d'ailleurs amener Clovis à partager leur foi. Le baptême de Clovis consacra définitivement et à perpétuité l'alliance déjà contractée. En adoptant le *credo* des catholiques, Clovis compromettait définitivement la cause de l'arianisme jusqu'alors si redoutable par ses rapides progrès et, pour l'avenir, il posait les premières bases de ce régime politique qui a dirigé notre pays et aussi les autres nations de l'Europe occidentale pendant tout le moyen âge et même une partie des temps modernes. Sans doute dans ces temps reculés, on ne pouvait pas prévoir des conséquences aussi extraordinaires, mais les esprits éclairés comprenaient déjà l'importance de cette alliance définitive entre les Francs et l'Église; ils en voyaient très nettement les effets immédiats. Aussi donna-t-on un éclat extraordinaire au baptême du fondateur de la monarchie franque; c'était le signe extérieur et la consécration dernière de

ne voulaient pas se soumettre à sa perverse hérésie et jetait les prêtres dans des cachots. Quant aux évêques, il envoyait les uns en exil et tuait les autres. Il avait ordonné de fermer avec des épines l'entrée des églises, afin que l'absence du culte divin fît tomber la foi en oubli. La Novempopulanie et les deux Aquitaines furent surtout en proie à ses ravages. »

(1) Grégoire de Tours, liv. X, § 31.

l'union contractée (1). Une lettre d'Avit, évêque de Vienne, à Clovis (2), nous apprend qu'une partie du clergé catholique des Gaules ou tout au moins les évêques des pays alors soumis à Clovis, étaient présents au baptême. Il semble même que des invitations aient été adressées à certains évêques catholiques dont les diocèses n'étaient pas compris dans le royaume franc. Avit s'excuse presque de n'avoir pas pu assister à la cérémonie. Une lettre du pape Anastase (3) relève encore plus nettement l'importance que l'Église attachait à cet événement. Le souverain pontife se félicite de ce que son exaltation au Saint-Siège ait coïncidé avec le baptême du roi. Successeur de Saint Pierre, il éprouve un profond sentiment d'allégresse en voyant une multitude de peuples se presser autour de sa chaire. Pour témoigner sa joie à Clovis, il lui envoie le prêtre Eumène. Puisse le prince franc persévérer dans la bonne voie et réjouir le cœur de l'Église sa mère; qu'il soit pour elle une véritable colonne d'airain, alors surtout qu'elle soutient tant de combats. Anastase place sa confiance en Dieu qui vient d'arracher Clovis aux ténèbres du paganisme et d'introduire dans l'Église un prince capable de la défendre. Il décerne à Clovis le titre de *serenitas* qui appartenait à l'empereur (4). Au dire de Grégoire de Tours, rien n'égala les splendeurs du baptême de Clovis; le chroniqueur nous en a transmis une belle description. Quant à l'appréciation des convictions religieuses de Clovis dans cet acte, elle est assez difficile à faire et on ne peut guère admettre que des conjectures. Certains historiens ont soutenu que Clovis avait reçu le baptême sans foi religieuse; il n'y aurait vu qu'un moyen de donner satisfaction à son esprit de domination. Il est bien certain que le chef franc a com-

(1) Voy. sur les cérémonies du baptême de Clovis, Grégoire de Tours, liv. II, § 39. Il existe encore d'autres sources, mais moins importantes; on en trouvera l'énumération dans Junghans, *Histoire critique des règnes de Childérich et de Chlodovech*, trad. Monod, p. 149.

(2) Bouquet, IV, 50.

(3) Citée par Junghans, *op.* et *loc. cit.*

(4) Voir les notes d'Anastase, dans Bouquet, IV, 50.

pris toute l'importance politique de cet acte; le clergé a même eu soin de le lui montrer. Mais est-il permis d'en conclure que sa conversion n'a pas été plus sincère que celle de Henri IV? Il ne faut pas oublier ici l'influence décisive de Clotilde sur l'esprit du roi. Déjà le seul fait d'avoir épousé une princesse catholique impliquait de la part de Clovis un certain penchant vers la religion chrétienne. Certains événements semblent établir que Clovis, en barbare plus ou moins grossier, se préoccupait des doctrines religieuses. Le chef franc avait consenti à ce que le premier né de Clotilde, Ingomer, fut baptisé, mais l'enfant tomba presqu'immédiatement malade et mourut avant qu'on lui eût ôté la robe blanche du baptême. Cet événement effraya l'esprit du roi; il se demanda s'il n'avait pas provoqué la colère de ses dieux. Cependant il permit à la reine de faire baptiser son second fils Clodomir; celui-ci étant tombé malade à son tour, le roi conçut de nouveaux doutes. Mais enfin l'enfant fut sauvé et Clovis attribua sa guérison aux prières de Clotilde. Le roi subissait donc l'influence de la reine et c'est elle qui a servi d'instrument aux évêques pour préparer la conversion de Clovis.

L'Église catholique et la royauté formèrent désormais les seuls pouvoirs dirigeants de l'État. L'une représentait l'intelligence et la raison, l'autre la force matérielle. Elles étaient associées, mais non rivales. Aussi l'une et l'autre tirèrent de grands avantages de cette situation nouvelle et définitive. Pour se rendre compte du profit que le roi des Francs tira de son alliance avec l'Église, il faut se rappeler qu'après la chute de l'Empire romain, à défaut de toute autre autorité sociale, les habitants d'un grand nombre de villes de la Gaule s'étaient groupés autour de leurs évêques et les avaient reconnus comme chefs temporels de fait. Ces évêques ont tout naturellement transmis leur autorité au roi des Francs et ont persuadé aux populations d'accepter ce changement. Les clercs rendaient avec ostentation au chef barbare les honneurs qui lui étaient dus; les évêques l'appelaient leur roi

et leur seigneur. Les premiers Mérovingiens profitèrent même de cette situation pour empêcher l'Église de se rendre absolument indépendante; ils s'immiscèrent dans ses affaires sans qu'elle essayât de protester sérieusement. A quoi eussent abouti des réclamations? L'Église comprenait qu'il fallait bien pour contenir l'hérésie, aliéner une partie de sa liberté et de son indépendance au profit d'une monarchie absolue. D'ailleurs la tradition romaine expliquait aussi cette participation du pouvoir civil aux affaires religieuses. Clovis et ses successeurs exercèrent souvent une autorité assez semblable à celle des empereurs chrétiens de Rome. Plus d'une fois même, les rois dépassèrent la juste mesure. Ainsi aucun concile ne pouvait se réunir sans leur autorisation; les rois soumettaient à ces conciles une foule de questions, leur inspiraient souvent les décisions et leur laissaient même entrevoir qu'il ne fallait pas se soustraire à leur volonté. Chilpéric ne se borna pas à traduire l'évêque de Rouen, Prétextat, devant un concile: il y vint en personne, discuta comme un théologien, dirigea la procédure et répandit la terreur parmi les évêques (1). L'élection d'un évêque faite par le clergé et par le peuple, devait être confirmée par le roi, mais celui-ci se permettait souvent de nommer directement à des sièges vacants. L'Église ne songea jamais à entrer en lutte contre le pouvoir royal malgré ces empiètements incessants. Elle comprit qu'ils étaient la conséquence fatale de la brutalité des temps; elle se consolait par le succès qu'elle remportait sous d'autres rapports. Enfin, dès que les circonstances le permettaient, elle savait relever la tête. Ce serait en effet une grave erreur de croire que pendant ces temps l'Église et la royauté se respectèrent à ce point que l'une ne chercha jamais à dominer l'autre. Mais les circonstances furent telles, qu'aux époques où l'autorité royale l'emporta, l'Église ne pouvait songer à lui disputer sérieusement le pouvoir, tant était puissante la monarchie; c'est ce qui se produisit sous

(1) Grégoire de Tours, liv. V, § 19, où se trouvent de curieux détails sur ce procès.

Clovis et sous les premiers Mérovingiens. L'Église se contenta de prendre par son autorité morale sa part dans la direction d'une force contre laquelle il lui était impossible de lutter directement. Cette habileté politique lui procura des avantages immenses et avant tout la richesse avec la suprématie dans le domaine de la foi. L'Église ne conserva pas seulement les biens qu'elle possédait du temps de l'Empire; Clovis et ses successeurs l'enrichirent encore par d'importantes libéralités. Grâce à ces largesses, les évêques et les abbés pouvaient faire face aux frais du culte, venir au secours des pauvres, tout en conservant pour eux-mêmes des ressources considérables. Nous possédons un diplôme du temps de Clovis qui constate en termes solennels la concession d'un domaine à un vieux prêtre Euspicius et à son disciple Maximin (1). Ce diplôme relève déjà les terres concédées de tout impôt foncier envers le roi et consacre ainsi un de ces privilèges d'immunité qui se développèrent rapidement au profit de l'Église, puis même en faveur des laïques.

Au point de vue de la foi, la monarchie franque donna à l'Eglise tout ce qu'elle pouvait demander. L'arianisme cessa dès le règne de Clovis d'être menaçant. Mais tout danger n'avait pourtant pas disparu. A l'intérieur même de la Gaule, les pratiques païennes étaient encore assez fréquentes et il fallait aussi veiller de ce côté. Grégoire de Tours nous parle souvent de ces réminiscences du paganisme et des superstitions qui les accompagnaient. Sur le territoire de Trèves, par exemple on éprouva une certaine peine à décider les habitants à renoncer au culte de Diane (2). Ailleurs apparaissaient des imposteurs qui s'efforçaient, par leurs discours et par leurs miracles, de détourner de la foi catholique (3). L'ignorance des temps contribuait à propager ces

(1) Pardessus, *Diplomata*, t. I, n° 87, p. 57.

(2) Grégoire de Tours, liv. VIII, § 15.

(3) Grégoire de Tours, liv. X, § 25 : « Plusieurs semblables imposteurs s'élevèrent par toutes les Gaules ; à l'aide de prestiges ils s'attachaient quelques malheureuses femmes qui entraient dans une sorte de fureur, les déclaraient des

grossières superstitions par toute la Gaule (1). L'aide du pouvoir temporel était fort utile pour les étouffer. Les rois francs ne refusaient jamais leur assistance et plus d'une fois ils sont eux-mêmes devenus d'ardents persécuteurs. Chilpéric, avide de lettres et de science, recherchait les disputes théologiques avec les évêques et parfois il s'exaltait au point d'ordonner des mesures atroces. C'est ainsi qu'en 592, il prescrivit de baptiser tous les juifs établis à Paris et ce décret adressé au comte de la ville se termine par une menace : « Si quelqu'un méprise notre ordonnance, qu'on le châtie en lui crevant les yeux (2). »

Dans le sein même de l'Eglise les troubles et les désordres étaient incessants; il suffit de lire Grégoire de Tours pour se convaincre que les violences de toutes sortes péné-

saints et de cette manière ils obtenaient un grand crédit parmi les peuples. Nous en avons vu plusieurs que nous nous sommes efforcé par nos réprimandes de faire revenir de leur erreur. »

(1) L'Église elle-même était loin d'échapper aux pratiques de cette nature. Elle en acceptait quelques-unes pour arriver à les déraciner dans les mœurs; mais elle recourait à d'autres de très bonne foi et avec la certitude de leur efficacité. Ainsi il est bien probable que l'Église a admis les procédures du fer rouge, de l'eau froide, de l'eau bouillante, du pain et du lait, pour les entourer de garanties. On trouvera la description de ces procédures dans Rozière, *Recueil des formules*, p. 770 à 882, et dans Zeumer, *op. cit.*, p. 601 et suiv. On relève aussi des formules d'exorcisme assez étranges. Ainsi des vases anciens étaient-ils découverts, on présumait qu'ils étaient entachés de paganisme et des paroles solennelles étaient prononcées sur eux à l'effet de les purifier. Rozière, form. 632, p. 899. Voy. les autres formules d'exorcisme, *ibid.*, p. 884 à 897.

(2) Grégoire de Tours, liv. VI, § 17. — De même on lit au livre VIII, § 1 : « Les juifs qu'on voyait prendre part à ces acclamations générales disaient : « Que toutes les nations t'adorent, fléchissent le genou devant toi, qu'elles te « soient toutes soumises. » D'où il arriva qu'après avoir entendu la messe, le roi étant à table dit : « Malheur à cette nation juive, méchante et perfide, toujours fourbe de caractère ! Ces juifs me faisaient entendre aujourd'hui des louanges pleines de flatterie, proclamant qu'il fallait que toutes les nations m'adorassent comme leur seigneur, et cela, pour m'engager à faire élever à frais publics leurs synagogues depuis longtemps réservées aux chrétiens ; ce que je ne ferai jamais, car le seigneur le défend. » Roi en qui éclatait une admirable prudence, ajoute Grégoire de Tours ; il avait si bien compris l'artifice de ces hérétiques, qu'ils ne purent pas lui arracher par surprise ce que, par la suite, ils osèrent lui demander. Au milieu du repas, le roi dit aux prêtres qui l'entouraient : « Je vous prie de me donner demain votre bénédiction dans ma maison et de m'accorder le salut en entrant, afin que je sois sauvé grâce aux paroles de bénédiction que vous répandez sur mon humilité. »

traient jusque dans les conciles (1). Les mœurs du clergé laissaient souvent à désirer. Certains évêques conservaient leurs femmes, les plus pieux seulement consentaient à s'en séparer et il semble même que par tolérance l'Eglise supportait les mariages de quelques évêques (2). Dans les couvents, il n'était pas possible de permettre le mariage; c'eût été la suppression de la vie monastique. Mais à défaut d'union légitime, des relations prohibées s'établissaient trop souvent malgré les peines de l'adultère et du sacrilège qui menaçaient les religieuses et leurs complices (3). L'Eglise ne succomba pas cependant jamais, grâce à l'appui que lui donnait le pouvoir royal et aussi à sa forte organisation. Elle avait conservé, comme sous l'empire romain, ses lois, ses juridictions propres, ses terres. Le système des lois personnelles favorisait cet état de choses. Par l'effet d'une hiérarchie fortement constituée, bien des dangers étaient prévenus. L'évêque était le chef suprême dans chaque diocèse; les églises et les monastères étaient soumis à son autorité. Il avait le droit d'infliger aux prêtres et aux abbés des peines disciplinaires : aucun clerc ne pouvait accepter de libéralité sans sa permission. Enfin il réunissait, au moins une fois par an, les abbés et les prêtres de son diocèse pour délibérer sur les intérêts généraux du diocèse.

Grâce à cette forte organisation, l'Eglise, put résister plus d'une fois à de violentes attaques et élever des récla-

(1) Liv. X, § 19. — Voy. Augustin Thierry, *Récits des temps mérovingiens*, 4e récit.

(2) Grégoire de Tours, liv. IV, § 36 et liv. VIII, § 19 et 39. On lit dans ce dernier passage : « Cette année moururent beaucoup d'évêques, entr'autres Bodégésile, évêque du Mans, homme très dur envers le peuple, qui enlevait ou pillait injustement les biens des uns et des autres. Sa femme ajoutait encore à sa cruauté, l'animant toujours par de mauvais conseils et l'excitant à commettre des crimes. Il ne se passait pas un jour, pas un moment, qu'il ne dépouillât des citoyens ou ne se prît de querelle avec eux. On le voyait sans cesse siéger avec les juges pour vider les procès, ne cessant d'exercer des offices séculiers, de sévir contre les uns, de maltraiter les autres : souvent il frappait de ses propres mains, disant : « Parce que je suis clerc, ne vengerai-je pas mes injures ? »

(3) Grégoire de Tours, liv. II, § 1 et liv. IX, § 39.

mations énergiques contre les spoliations (1). Elle ne parvint pas toujours à se faire rendre ce qui lui avait été enlevé, mais du moins, par ses réclamations, elle faisait preuve d'une vitalité qui la protégeait contre le renouvellement trop fréquent de pareils faits. C'est au VIIIe siècle que l'Eglise subit, de la part de Charles Martel, la spoliation la plus vaste. Pour subvenir aux frais de la guerre, malgré le déplorable état des finances du royaume, dans le but de récompenser ses hommes d'armes de leurs exploits, enfin et bien certainement aussi avec l'intention de se rendre populaire, peut-être même de fonder une nouvelle dynastie, il n'hésita pas à enlever aux églises et aux abbayes une grande partie de leurs domaines dans le but de les réunir au fisc et les distribuer à ses soldats (2). En vain les évêques protestèrent-ils de toute part; ils n'obtinrent aucune satisfaction. Sous Pépin le Bref, de nouvelles réclamations s'élevèrent; elles aboutirent au synode de Leptine qui, sous forme de transaction, donna aux évêques une satisfaction plus apparente que réelle (3). Charlemagne promit, pour lui et ses successeurs, de ne plus partager entre les gens de guerre, les biens des établissements religieux; les donations antérieurement faites n'en subsistèrent pas moins (4). Mais le grand Empereur avait rendu tant de services sous d'autres rapports à la cause de l'Eglise, qu'il n'était pas possible de lui demander davantage. C'est aussi en raison de ces services incomparables, que la papauté et l'Eglise laissèrent le fondateur de la dynastie carolingienne prendre une autorité même spirituelle dont on avait perdu le souvenir sous les derniers Mérovingiens. La politique de Charlemagne, dans ses rapports avec l'Eglise, fut à la fois habile et large. Il

(1) Lorsque dans la suite l'autorité des évêques fut menacée, on comprit immédiatement le danger et nous verrons par quels moyens, parfois peu scrupuleux, on essaya d'y remédier.

(2) Roth a consacré d'intéressants détails à cette question dans son ouvrage intitulé *Beneficialwesen*.

(3) 1er capit. d'Aix-la-Chapelle de 803, cap. 1, dans Walter, II, 171.

(4) Nous reviendrons plus loin avec détails sur ces faits importants.

comprit les intérêts de l'Eglise et les dangers qu'elle courait; elle représentait à ses yeux la vérité; elle était un moyen puissant de civilisation et le plus ferme soutien de son trône; mais il voyait bien qu'elle courait les mêmes dangers que l'aristocratie et il essaya de les détourner. Il fortifia l'Eglise en l'épurant, en prohibant une foule de coutumes mauvaises qui s'étaient introduites sous l'influence des mœurs barbares et par l'effet de la corruption du temps. Charlemagne ne se faisait pas faute de critiquer l'avidité de certains clercs qui essayaient de s'enrichir par tous les moyens : « Nous les prions, disait-il, de nous expliquer nettement ce qu'ils appellent quitter le monde et prendre Dieu pour son partage; est-ce vraiment quitter le monde que de travailler sans cesse à augmenter ses revenus en promettant le paradis et en menaçant de l'enfer pour persuader aux simples d'esprit de se dépouiller de leurs biens et d'en priver leurs héritiers légitimes (1). » Dès l'année même de son avénement, en 769, Charlemagne avait interdit la profession des armes à tous ceux qui étaient engagés dans les ordres. Mais il ne semble pas que cette mesure ait été bien comprise et elle éveilla même pendant quelque temps les méfiances du clergé. On se souvenait des spoliations de Charles Martel et les évêques craignaient que s'ils n'accomplissaient plus les devoirs du service militaire, pour les dotations attribuées à leurs évêchés, ces domaines ne fussent accordés à des hommes de guerre. Aussi l'ordre de Charlemagne ne fut pas exécuté et pour ne pas provoquer des méfiances même injustes, il renonça à briser la résistauce qu'il rencontrait. Ce qui parait le prouver, c'est une requête présentée beaucoup plus tard à l'empereur, en 802, à l'effet d'obtenir la mise en vigueur du décret de 769 (2). Les pétitionnaires avaient le soin d'ajouter qu'ils n'invoqueraient pas la dispense du service militaire accordée aux

(1) Labbe, VII, 1186.
(2) *Petitio populi ad imperatorem*, Baluze, I, 405.

évêques, comme une cause légitime de s'emparer des dotations des évêchés et qu'ils respecteraient au contraire toujours l'inviolabilité de ces biens. Charlemagne déféra à la demande et interdit à tous les clercs l'entrée dans les camps, si ce n'est pour l'exercice de leur ministère spirituel (1).

Les capitulaires sont, nous l'avons vu, remplis d'un grand nombre de dispositions qui touchent à l'organisation et à la discipline de l'Eglise. Une réforme s'imposait d'ailleurs pour mettre fin à l'anarchie dont l'Église avait souffert sous les derniers Mérovingiens. Déjà Pépin le Bref avait commencé cette entreprise ; on ne compte pas moins de quatorze conciles provinciaux sous son règne. Ce nombre s'éleva à trente-trois sous celui de Charlemagne. Les ordres monastiques furent réformés comme le clergé séculier. Charlemagne fut puissamment secondé dans cette œuvre de rénovation par un de ses amis particuliers, son condisciple à l'école palatine, grand seigneur d'origine aquitaine et qui, en entrant dans le cloître, avait renoncé à son nom goth de Witiza pour prendre celui de Benoît d'Aniane. Cette œuvre immense de Charlemagne a conduit un grand nombre d'historiens à croire que cet empereur gouvernait et dominait l'Eglise asservie à son autorité. C'est l'opinion de Guizot, de Waitz, de Warnkönig, de Gérard. D'autres prétendent en sens contraire que le pouvoir civil a été soumis à l'autorité spirituelle. Comment expliquer autrement, disent-ils, ces nombreux articles des capitulaires qui contiennent des décisions d'intérêt purement religieux ou moral, empruntées à d'anciennes assemblées synodales ou à des décrets des papes ?

A notre avis, Charlemagne a, sans aucun doute, gouverné l'Église, mais il ne l'a pas dominée. Il s'est toujours montré le scrupuleux observateur de ses lois. Aussi, bien que les prélats prissent une part importante au gouvernement de l'Empire, on n'en rencontrait cependant pas un seul à la cour:

(1) Capit. *incerti anni*, cap. 37, Bouquet, V, 405.

c'est qu'en effet les papes obligeaient les évêques à une résidence rigoureuse dans leurs diocèses (1). Lorsque Charles voulut garder auprès de lui l'évêque de Cologne Hilbold, élevé aux fonctions d'archichapelain, il n'hésita pas à demander lui-même à cet effet une autorisation au concile de Francfort (2). On peut résumer en un mot le rôle de Charlemagne vis-à-vis de l'Eglise en disant qu'il en était le second chef. D'ailleurs à ce titre, il ne lui faisait pas seulement des lois : il lui rendait aussi d'immenses services. N'avait-il pas contribué au succès de l'Eglise sur le paganisme en élargissant les frontières de l'Empire et avec elles celles de la foi chrétienne? Il régnait de l'Eider et de l'Elbe jusqu'à l'Ebre en Espagne et au Garigliano en Italie; il avait vaincu les Arabes et les Grecs au midi, les Arvares à l'est, les Danois et les Slaves au nord et partout il avait associé l'Eglise à sa fortune. Dans ses capitulaires Charles se nomme lui-même le défenseur dévoué de l'Eglise, *devotus sanctæ ecclesiæ defensor* et l'auxiliaire du Saint-Siège en toutes choses, *adjutor in omnibus sanctæ sedis*. Par ses expéditions en Italie, il maintint et consolida définitivement le pouvoir temporel de la papauté qui devait son existence à Pépin le Bref: il concéda l'ancienne capitale de l'Empire à l'évêque de Rome.

Il ne faudrait pas croire toutefois que le pape devint immédiatement un souverain absolument indépendant dans ses Etats : il avait été auparavant le vassal de l'empereur d'Orient, il devint celui de l'empereur d'Occident. Cette souveraineté n'était contestée par personne : dans sa vie de Charlemagne (chap. 33) Eginhard indique les métropoles de Rome et de Ravenne comme parties intégrantes de l'Empire. Mais cette vassalité n'était pas gênante vis-à-vis d'un prince entièrement dévoué à l'Eglise et elle ne tarda pas à disparaître lorsque les Carolingiens perdirent toute puissance.

Ce que les papes et l'Église auraient pu parfois critiquer,

(1) Voy. à cet égard la lettre du pape Adrien II à Charles, dans Bouquet, V, 544.

(2) Capit. de 774, cap. 55, Pertz, *Leges*, I, 75 ; Boretius, 78.

c'est l'immixtion du grand prince dans des questions purement ecclésiastiques. Mais loin de se plaindre, l'Église paraît avoir accepté le rôle que prenait Charlemagne d'être son second chef et dans plus d'une circonstance on le lui reconnut. Alcuin appelle Charlemagne un pontife pour la prédication, *pontifex in prædicatione;* l'évêque de Saint-Gall lui décerne le titre d'évêque des évêques; le patriarche de Jérusalem lui envoie les clefs du tombeau du Christ; le pape Léon III, à son avénement au siège pontifical, lui fait remettre celles du tombeau de Saint Pierre avec l'étendard de la ville.

Enfin la papauté, on le sait, rendit un dernier service au prince franc : elle comprit que le titre de patrice de Rome. déjà donné à Pépin le Bref, ne convenait plus à Charlemagne. Une seule dignité était à la hauteur de sa puissance et de sa gloire, celle d'empereur. La couronne impériale était à ce moment portée à Constantinople par une femme, par l'impératrice Irène, et on sait à quel degré de décadence était tombé cet empire d'Orient. Si l'on voulait sauver l'Empire romain, il fallait en poser la couronne sur la tête de Charlemagne. C'était surtout l'Église qui tenait à rétablir l'Empire d'Occident; cette unité du pouvoir temporel devait profiter à la cause de l'Église et faciliter son règne spirituel sur un certain nombre de peuples encore peu attachés à la foi chrétienne. On a dit que Charlemagne ne voulait pas accepter cette dignité d'empereur. C'est là, à notre avis, une exagération manifeste. Habile politique autant que grand capitaine, Charlemagne ne s'arrêtait jamais à une mesure quelconque sans en avoir au préalable recherché tous les effets, calculé toutes les conséquences. Les Mérovingiens étaient tombés dans la décadence peut-être à cause de leur engouement pour les formes gouvernementales et les mœurs romaines. L'avénement des Carolingiens avait été accueilli avec enthousiasme comme une réaction contre ces tendances et un retour au véritable esprit des Francs. Charlemagne ne pouvait pas lutter contre ce courant, d'autant plus qu'il était

tout à fait conforme à ses convictions personnelles. Aussi, avant d'accepter la dignité impériale d'une manière définitive, il en calcula tous les résultats. Ce fut seulement au mois de mars 802 qu'il promulgua dans quelques articles d'Aix-la-Chapelle, les véritables bases du gouvernement impérial. Il avait alors compris la pensée des pontifes : il ne s'agissait pas de restaurer l'Empire romain, mais de créer un empire chrétien. A son lit de mort, le pape Adrien Ier avait déjà transmis ce projet à son successeur Léon Ier et celui-ci ne tarda pas à comprendre l'utilité de cette mesure. Une émeute ayant éclaté dans Rome en haine de la domination franque, le pape s'aperçut que le pouvoir temporel n'était pas encore solidement assis et qu'une nouvelle alliance avec le grand chef des Francs était nécessaire pour consolider une fois de plus le trône de Saint Pierre. Léon Ier se transporta de sa personne, en 799, auprès de Charles qui se trouvait alors à Paderborn et négocia avec lui cette grande révolution. Dès l'année suivante, à Rome même, le jour de Noël de l'an 800, au commencement d'une nouvelle année et d'un siècle nouveau, dans l'église de Saint Pierre, devant le tombeau de l'apôtre, le pape posa lui-même la couronne impériale sur la tête du roi des Francs et le proclama empereur, auguste, grand et pacifique, couronné de Dieu. L'Empire des Francs et des Romains, comme disent les annalistes et les chroniqueurs, était fondé (1). C'était en réalité, nous l'avons dit, un empire chrétien ; Charlemagne était entré dans l'Église comme l'Église était entrée dans l'Empire. L'un et l'autre y perdaient une partie de leur indépendance,

(1) C'est plus tard seulement que fut créé le nom de Saint Empire. Ce titre indique bien la nature nouvelle de ce gouvernement. A Constantinople l'empereur d'Orient se faisait aussi sacrer par le patriarche, mais seulement après avoir été élu par le peuple ; ce sacre confirmait donc la dignité impériale, mais ne la conférait pas. En Occident il en fut autrement : le prince ne devenait empereur qu'après avoir été sacré par le pape. Les empereurs les plus germaniques furent obligés de reconnaître que telle était bien la nature de leur couronne et l'on vit des princes excommuniés, comme Henri IV de Franconie et Louis V de Bavière, demander l'investiture à des antipapes plutôt que de la supprimer ; ils ne pouvaient en effet être empereurs qu'à ce prix

mais tous deux acquéraient une force extraordinaire.

Charlemagne gouverne l'Église autant que l'Empire, comme le pape sanctifie l'Empire autant que l'Église. L'Empereur nomme les évêques aussi bien que les ducs et quoiqu'un capitulaire de 803 ait reconnu la règle canonique de l'élection des évêques. Il convoque lui-même des conciles; il y vient et prend parti sur des questions de dogme, soit pour éclairer sa foi, soit pour établir sa prééminence. Mais par réciprocité, il veille à l'observation des lois de l'Église qui sont aussi devenues celles de l'Empire. Il assure le respect des devoirs envers l'autel, celui de la propriété, comme celui de l'aumône. Déjà sous les Mérovingiens, les évêques avaient souvent pris part à l'administration du royaume. Sous les Carolingiens, l'Église est associée d'une manière permanente et régulière aux affaires de l'État: dans les *Placita*, les prélats siègent à côté des dignitaires laïques; lorsque l'Empereur envoie deux *missi*, l'un est toujours un clerc.

Les membres de l'Église n'ont pas seulement pris leur place dans l'État, à côté des nobles et des dignitaires de l'Empire; ils s'élèvent au-dessus d'eux. On en a une preuve manifeste dans la fixation de leur valeur pécuniaire. A l'occasion de la réforme de la loi salique, Charlemagne fit décider que le vergeld des clercs serait plus élevé que celui des laïques. Il fut fixé à 900 sous pour le meurtre d'un évêque, à 600 sous pour celui d'un prêtre, à 300 sous pour celui d'un diacre (1). Le capitulaire de 803 éleva le vergeld dû pour le meurtre d'un diacre à 400 sous et établit le même taux pour celui d'un moine. S'agissait-il de coups portés à un clerc, plusieurs capitulaires voulaient que la somme à payer fût trois fois plus forte que celle due en pareil cas à un laïque (2). Charlemagne punit aussi, dans le capitulaire *De partibus Saxoniæ*, de la peine de mort le meurtre des évêques, prêtres et vicaires, le vol sacrilège, la violence

(1) *Lex salica emendata*, tit. LVIII (Pardessus, 315).

(2) Capit. de 779, cap. 22, Capit. de Louis le Pieux de 816 et 819, cap. 12.

commise dans une église, les pratiques païennes, etc. (1).

Ces changements dans l'État se traduisirent pour ainsi dire par des marques extérieures : jusqu'au règne de Pépin le Bref, la couronne s'était transmise au moyen de cérémonies civiles; sous les Carolingiens, le prince reçoit de l'Église le sceptre et le diadème, il devient l'oint du Seigneur.

Par ce côté, l'Église tient l'Empereur sous sa dépendance et lorsque l'État tombera dans les mains de successeurs affaiblis, elle saura bien en profiter pour reprendre sa suprématie. Dès l'année 859, au concile de Toul, Charles le Chauve est déposé par les évêques. Sans doute il proteste, mais sans contester aux évêques le droit de déposition. Il prétend seulement qu'on aurait dû l'entendre avant de statuer.

Pendant que le pouvoir civil perd ainsi et très rapidement toute sa force, l'autorité du Saint-Siège grandit sans cesse. Nous en aurons la preuve dans plus d'une circonstance et notamment en parlant des fausses Décrétales. Après la mort de Charlemagne et surtout au milieu du xi[e] siècle, la nécessité de nouvelles réformes s'imposa à l'Eglise. La faiblesse des successeurs de Charlemagne les empêchait de tenir une main ferme à l'observation des canons de l'Eglise. On se plaignait surtout de l'affaiblissement des pouvoirs de l'évêque. Depuis longtemps il existait dans le clergé séculier des chorévêques ou évêques des campagnes, chargés de remplir les fonctions épiscopales en dehors des villes et dans les territoires ruraux. Ils avaient été constitués pour soulager les évêques auxquels ils étaient subordonnés. Sous plus d'un rapport, ils étaient leurs inférieurs. Ainsi ils ne pouvaient ordonner que des sous-diacres, des lecteurs, des exorcistes. Mais en fait ils se permirent de très bonne heure toutes sortes d'empiètements et affaiblirent l'autorité des évêques. Déjà on s'en plaignait sous le règne de Charle-

(1) Cap. 3, 5, 9. Dans les lois barbares, le vol sacrilège et les autres vols commis dans les églises, sont seulement punis de fortes amendes. Loi salique amendée, tit. LVIII. — Loi des Bavarois, tit. I, chap. 2 et suiv. — Lois de Rotharis, chap. 35.

magne, mais les dispositions prises au concile de Ratisbonne en 803 restèrent sans efficacité. Les chorévêques furent enfin supprimés en 849 dans un concile réuni à Paris; on en rencontra encore cependant quelques-uns jusqu'à la fin du xe siècle.

L'autorité des évêques était également compromise dans les monastères et l'on vit aussi se renouveler après Charlemagne des spoliations nombreuses. Tantôt les domaines des monastères étaient attribués à des seigneurs, d'autres fois c'étaient les abbayes elles-mêmes qui étaient confiées à des laïques (1). Les rois ne s'étaient pas bornés à donner des biens ou même des abbayes à des laïques. Ils avaient très souvent soustrait les monastères à la juridiction épiscopale. Ceux-ci acquéraient sans doute une plus grande indépendance, mais par cela même aussi ils devenaient plus faibles vis-à-vis du pouvoir temporel et plus accessibles aux corruptions de toutes sortes. Dès le milieu du ixe siècle, on s'était ému de cette situation. Le pape Adrien II écrivait à Charles le Chauve : « Vous savez que selon l'autorité des canons, tout monastère doit être en la puissance de l'évêque; la violation de cette loi a amené la ruine d'un grand nombre de monastères, notamment de celui de Marmoutiers et de celui de Saint Martin (2). » En 859, le concile de Savonnières rappela aux monastères l'obligation qui leur était imposée de recevoir la visite de l'évêque (3). La rédaction des fausses Décrétales n'est pas non plus étrangère à ce mouvement général : leur auteur se proposait aussi, entre autres objets, d'affermir l'autorité des évêques. Quant à celle du pape, elle était déjà à cette époque hors de conteste et si elle a pu profiter de la rédaction des fausses Décrétales, elle n'en a cependant pas été la cause directe et immédiate.

(1) Voy. à cet égard Bourgeois, *Le capitulaire de Kiersy-sur-Oise*, p. 262.
(2) Sirmond, *Concilia Galliæ*, III, 401.
(3) Hardouin, *Conciles*, p. 489.

## § 54. — SOURCES DU DROIT CANONIQUE.

Les sources du droit canonique se multiplient pendant cette période; de nouvelles collections sont faites des canons de l'Eglise; les conciles deviennent très fréquents et leurs décisions, tout au moins celles des conciles généraux, sont aussi enregistrées avec soin dans des recueils. Les papes commencent à rendre des décisions fréquentes qui donnent aussi l'idée de les réunir en collections. Les livres pénitentiaux deviennent aussi plus nombreux. Enfin, à ces sources du droit canonique, il faut aussi ajouter, pour notre période, certains capitulaires, car nous avons vu que les Carolingiens et surtout Charlemagne ont aussi donné des lois à l'Eglise. Il n'est pas non plus permis d'oublier un grand nombre de formules et de chartes très importantes qui se réfèrent au droit canonique (1). Mais nous parlerons peu de ces dernières sources; tout ce que nous en avons dit à propos du droit barbare est suffisant pour le faire connaître (2).

Nous avons vu que l'Écriture Sainte, l'ancien et le nouveau Testament, forment la base la plus primitive du droit canonique. Ce n'est pas le lieu de parler ici des traductions

(1) M. de Rozière a eu soin de grouper dans son recueil de formules celles qui se rapportent directement au droit canonique.

(2) D'importants travaux ont été publiés dans ces derniers temps sur l'histoire du droit canonique. Nous citerons seulement : Philipps, *Kirchenrecht*, t. IV, Ratisbonne, 1851, traduit en français par Crouzet. — Walter, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, 14e éd. revue par Gerlach, 1871. — Massen, *Geschichte der Quellen und der Literatur des kanonischen Rechts*, t. I, Gratz, 1870 ; cet important ouvrage est resté inachevé ; du même, *Bibliotheca latina juris canonici manuscripta*, Vienne, 1867, trois fascicules ; du même, *Glossen des canonischen Rechts*, Vienne 1877. — Schulte, *Geschichte der Quellen und Literatur der canonichen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, Stuttgard, 1875-1883, 3 vol. Il a en outre été écrit un grand nombre de monographies et nous aurons occasion d'en citer les plus importantes. M. Adolphe Tardif vient de faire paraitre un résumé un peu bref, mais très clair sur l'*Histoire des sources du droit canonique*, Paris, 1887. Voy. aussi *Prælectiones juris canonici habitæ in seminario Sancti Sulpicii* sexta editio accurate recognita ab auctore, Paris, Lecoffre, 1886, 3 vol. in-12. — L'encyclopédie juridique d'Holtzendorf donne également un bon résumé des sources du droit canonique.

de l'Écriture Sainte, grecques ou latines ou même en langue vulgaire, qui se sont répandues de bonne heure en Europe, ni même des livres apocryphes de l'ancien et du nouveau Testament, très communs au moyen âge (1). Ces documents n'offrent plus guère aujourd'hui qu'un simple intérêt de curiosité. *La doctrine des douze apôtres* retrouvée dans ces dernières années, publiée en 1883 à Constantinople, d'après un manuscrit de l'année 1056, offre déjà plus d'intérêt : c'est le plus ancien texte de droit canonique que nous possédions; il paraît appartenir à la seconde moitié du I[er] siècle. Son auteur, demeuré inconnu, se proposait d'enseigner aux gentils la vraie doctrine et l'organisation des communautés chrétiennes. *La doctrine des apôtres* a passé en partie dans un ouvrage un peu plus étendu, connu sous le nom « *Des deux voies* » ou de « *Jugement de Pierre* ». *Le pasteur d'Hermas* est un autre opuscule de la même époque et dont une partie du texte original a été retrouvée dans le *Codex sinaïticus* rapporté du mont Sinaï par Tischendorf. L'auteur, disciple des apôtres, contemporain du pape Clément (92-101), se proposait de composer un recueil d'instruction religieuse et morale. Mais de toutes les sources de ce temps primitif, les deux plus importantes sont sans contredit le recueil connu sous le nom de *Constitutions apostoliques*, sorte de manuel religieux à l'usage des clercs et des laïques et quatre-vingt-cinq règles appelées *Canons des Apôtres*. Ces ouvrages émanent d'auteurs inconnus qui les ont attribuées aux apôtres pour leur donner plus d'autorité. Ce procédé est très commun dans les époques d'ignorance : on a fait remonter aux papes un grand nombre de décrétales qu'ils n'ont jamais rendues et les jurisconsultes n'ont pas le droit de se montrer sous ce rapport trop sévères vis-à-vis des canonistes, car plus d'une fois ils ont donné à leurs œuvres, qui étaient de simples coutumiers, le nom de grands princes pour augmenter leur autorité et peut-être même

(1) Voy. à cet égard Tardif, *Histoire des sources du droit canonique*, p. 25 et 39.

les faire profiter d'une sorte d'authenticité légale (1).

*Les constitutions des Apôtres* formaient à l'origine un traité en six livres, écrit en grec vers la fin du IIIe siècle, destiné à exposer la constitution et la discipline de l'Église. Au commencement du IVe siècle, deux autres petits traités furent composés dans le même but; l'un n'était qu'une reproduction à peu près textuelle de la doctrine des apôtres, l'autre formait un véritable rituel. Tous deux ont été bientôt réunis sous le titre de *Constitutions des apôtres*. L'un formait les six premiers livres de ce recueil; l'autre les livres VII et VIII. Au VIe siècle, on a ajouté aux *Constitutions des apôtres*, sous la forme d'un dernier chapitre au livre VIIIe, la seconde source importante de ces temps primitifs, *les canons des Apôtres*. Ces canons sont présentés comme des ordres donnés par les apôtres et transmis par Saint Clément leur disciple. Ce recueil a été composé en Syrie vers la fin du Ve ou le commencement du VIe siècle. *Les canons des Apôtres* sont tout aussi apocryphes que les constitutions (2). De très bonne heure des doutes s'élevèrent d'ailleurs sur leur authenticité. Denys le Petit, abbé d'un monastère de Rome, auteur d'une traduction du grec en latin, d'une collection de canons, plaça en tête de son œuvre, cinquante des quatre-vingt-cinq canons, mais en laissant apercevoir des hésitations sur leur origine apostolique : *canones qui dicuntur apostolorum quibus plurimi consensum non prebuere facilem* (3).

En Orient, à la fin du VIIe siècle, le concile œcuménique tenu à Constantinople en 692 et connu sous le nom de concile *in Trullo*, du nom de la salle du palais où il siégea, déclara les quatre-vingts canons authentiques et leur reconnut en conséquence force de loi. Mais en même temps il rejetait

(1) Tels sont les Établissements de Saint-Louis, les Lois d'Edouard le Confesseur, les Lois de Henri Ier, les Lois de Guillaume le Conquérant (en partie), etc.

(2) Il vient d'en paraître une nouvelle édition : *Doctrina duodecim apostolorum. Canones apostolorum ecclesiastici ac reliquæ doctrinæ de duabus expositiones veteres. Edidit, adnotationibus et prolegomenis illustravit, versionem latinam addidit.* Funk, Tübingen, 1887.

(3) Ces cinquante canons sont entrés dans le *Corpus juris canonici*.

les constitutions apostoliques, tout en reconnaissant qu'elles étaient sincères à l'origine et uniquement parce que leur ancien texte semblait altéré. En Occident, au contraire, dès le commencement du VI[e] siècle, les canons apostoliques furent déclarés apocryphes par le pape Hormisdas. Néanmoins leur insertion antérieurement faite, mais au nombre de cinquante seulement, dans la collection de Denys le Petit, les empêcha de tomber dans l'oubli; ils se transmirent dans les collections canoniques, bien que l'archevêque Hincmar ait lui-même, au IX[e] siècle, rappelé que ces canons devaient être faux. Au XI[e] siècle, le légat du pape Humbert voulut soutenir que les cinquante canons contenus dans la collection de Denys étaient bien authentiques et que les trente-cinq autres avaient seuls été fabriqués par un faussaire. Cette opinion de pure fantaisie ne pouvait obtenir aucun succès (1).

Malgré leur caractère apocryphe, les *Constitutions des apôtres* et les *Canons des apôtres* offrent un intérêt considérable, soit au point de vue historique, soit même sous le rapport de la foi (2) : ils nous font connaître les règles de la primitive Église. D'utiles renseignements peuvent toutefois, aussi être puisés dans les écrits des pères et des docteurs des premiers siècles (3).

On a longtemps cru qu'il avait été fait en Orient une collection de canons qui serait devenue officielle par suite de la sanction que lui aurait donnée le concile de Constantinople, mais cette erreur n'a plus cours aujourd'hui.

(1) Depuis longtemps on est d'accord pour nier l'authenticité des 85 canons. Cette authenticité a été défendue pour la dernière fois par le jésuite Torres en 1563. Voy. sur ces différents points Hefele, *Histoire des conciles*, traduction française par Delarc, t. I.

(2) Les constitutions apostoliques ont été éditées en dernier lieu par Veltzen, (*Constitutiones apostolicæ*, 1853) et par dom Pitra dans son *Juris ecclesiastici Græcorum historia et monumenta*. Ces canons ont été également publiés dans ce dernier recueil. Il en a été donné une édition critique par Bruns à Berlin en 1839. Enfin les *Canons des apôtres* figurent dans presque toutes les éditions du *Corpus juris canonici*.

(3) Pour la bibliographie patrologique, voy. Tardif, *op. cit.*, p. 57.

Quant aux décisions des conciles, elles ont été de bonne heure réunies en collections par les Grecs. Les Latins ont ensuite donné des traductions de ces collections (1). Ainsi il a été fait en Italie une traduction connue sous les noms très impropres de *versio hispana* ou encore *versio isidoriana.* A l'origine, c'est-à-dire dans la première moitié du v^e^ siècle, cette collection grecque ne comprenait que les conciles de Nycée, d'Ancyre, de Néocésarée et de Grange. On y joignit un peu plus tard les canons d'Antioche, de Léodicée et de Constantinople qui furent également traduits en latin; enfin les canons du concile de Sardique furent intercalés, très probablement dans leur texte latin original, entre ceux de Granges et d'Antioche. C'est aussi, au cours du v^e^ siècle que fut composée en Italie, une autre collection connue sous le nom d'*Itala* ou sous celui de *Prisca.* D'autres furent également faites au commencement du siècle suivant, mais elles se distinguèrent des précédentes en ce qu'elles contenaient aussi des décrétales des papes.

De toutes ces collections, la première est celle qui a obtenu le plus de succès. Elle est d'abord devenue très populaire en Espagne, à ce point qu'on a longtemps cru qu'elle y avait été composée; c'est ce qui lui a fait donner le nom impropre de collection espagnole. Elle a pris place plus tard dans une collection plus vaste, attribuée sans raison décisive, comme nous le verrons bientôt, à Isidore de Séville; de là son second nom, *versio isidoriana*, tout aussi inexact que le premier. L'*Hispana* a aussi pénétré en Gaule, mais elle y a subi diverses modifications; aussi appelle-t-on *Hispana gallica* celle qui était répandue dans notre pays aux premiers siècles du moyen âge (2). Cette *Hispana gallica* ne s'est même pas conservée dans son texte primitif; elle a

(1) Sur les anciennes collections d'Orient, voy. Tardif, *op. cit.*, p. 105.

(2) Cette forme gallicane de l'*Hispana* nous est connue par le manuscrit de Vienne, n° 411. Elle se trouvait aussi avec quelques changements dans le manuscrit de Strasbourg, connu sous le nom de manuscrit de l'évêque Rachion et qui a été brûlé dans l'incendie de la bibliothèque de cette ville, lors du siège de l'armée allemande en 1870.

subi un grand nombre de corrections, d'interpolations et on y a même inséré des documents apocryphes. C'est de cette nouvelle version que s'est servi le pseudo-Isidore, pour la confection de ses fausses décrétales dont nous aurons occasion de parler plus loin. Cette nouvelle version, utilisée par le pseudo-Isidore, paraît appartenir au milieu du ɪxᵉ siècle, comme les fausses décrétales et il semble même qu'elle ait été très répandue, du moins dans le nord de la France. On en retrouve en effet des manuscrits à Laon, à Noyon, à Beauvais.

De bonne heure les collections grecques inspirèrent l'idée de ne pas se contenter de traductions, mais de composer aussi des collections nouvelles pour l'Occident. C'est l'œuvre qu'entreprit le moine Denys le Petit (1), dans les dernières années du vᵉ siècle, à la demande d'Etienne, évêque de Salone en Dalmatie. Il l'a conçue sur un plan nouveau et très vaste. Les collections grecques traduites en latin comprenaient seulement des canons conciliaires. Denys le Petit inséra dans son recueil des décrétales des papes ; il commença toutefois par composer deux collections, l'une pour les canons, l'autre pour les décrétales et c'est plus tard seulement qu'il les réunit (2). La collection de Denys le Petit contient d'abord les cinquante canons apostoliques traduits du grec, dont il a déjà été parlé; puis viennent les canons de Nicée, Ancyre, Néocésarée, Granges, Antioche, Laodicée, Constantinople, qui forment une série de cent soixante-cinq numéros. On arrive ensuite aux vingt-sept canons du concile de Chalcédoine; puis le compilateur publie le texte latin original des vingt-et-un canons de Sardique; enfin il termine

(1) Ce moine, scythe d'origine mais romain de mœurs, possédait à fond la langue grecque, les sciences ecclésiastiques et la chronologie : c'est lui qui a complété le cycle pascal et introduit l'usage de compter les années à partir de la naissance de Jésus-Christ; il a vécu de la fin du Vᵉ au milieu du VIᵉ siècle.

(2) En outre il avait fait deux rédactions de son travail ; c'est la seconde seulement qui nous est parvenue. Denys avait aussi entrepris, par ordre du pape Hormisdas, une troisième collection où devaient se trouver à la fois le texte grec et la version latine des conciles ; mais la préface de ce travail est seule parvenue jusqu'à nous.

par cent trente-huit articles consacrés aux actes du concile de Carthage de 419; c'est à cette première partie que vinrent bientôt se joindre trente-huit décrétales des papes Sirice à Anastase II (384 à 498) (1). Cette collection, ainsi définitivement constituée, ne tarda pas à jouir d'une autorité considérable. Le pape Adrien l'envoya à Charlemagne en 774 et ce prince promulgua le *Codex canonum* de Denys dans l'assemblée d'Aix-la-Chapelle de 802. Aussi se répandit-elle rapidement en Gaule où elle jouit d'une autorité considérable.

Il existe encore pour cette période d'autres recueils de canons et de décrétales de papes. La plus célèbre est sans contredit celle qui a été composée en Espagne et souvent attribuée à Saint Isidore de Séville mort en 636. Mais on ne donne aucune preuve sérieuse à l'appui de cette paternité : les partisans de cette opinion se bornent en effet à faire remarquer que Saint Isidore a connu la préface de cette collection et qu'il en a plusieurs fois utilisé les textes. Cette preuve est, on le voit, sans aucune valeur. A plusieurs reprises, on a remanié et augmenté cette collection. Dans son dernier état elle comprend : les plus anciens conciles grecs d'après la traduction latine dite *versio isidoriana;* plusieurs conciles de l'Église d'Afrique; seize conciles de l'évêque des Gaules; trente-six conciles espagnols; un grand nombre de décrétales des papes empruntées les unes à la collection de Denys le Petit, les autres à des sources très diverses (2).

Il a encore été composé en France et dans les autres pays, un certain nombre de collections, mais qui n'ont acquis pour la plupart aucune célébrité et n'ont exercé aucune action sérieuse (3).

(1) L'abbé Migne a donné une édition de Denys le Petit dans le tome LXVII, de sa *Patrologie latine*.

(2) Il a été fait en Espagne un certain nombre d'éditions de cette collection. En France elle a été publiée par l'abbé Migne, dans le t. LXXXIII de sa *Patrologie latine*.

(3) Nous nous bornerons à citer pour la France : la collection dite d'Angers rédigée vers la fin du VII[e] siècle, en partie sur le modèle de celle de Denys et comprise par le père Sirmond dans ses conciles de la Gaule; deux collections

Nous arrivons maintenant à d'autres sources qui offrent toutes ce caractère commun de contenir à côté de quelques documents authentiques, un grand nombre de pièces fausses fabriquées par les auteurs mêmes de ces compilations; ce sont des recueils de faux capitulaires et de fausses décrétales. Dans quel but ces collections ont-elles été composées? En quel lieu? Par qui? Ce sont là autant de questions qui ont sigulièrement agité les érudits et les canonistes depuis des siècles; les controverses se sont ravivées de nos jours; elles ont produit des solutions très divergentes. Chacun de ceux qui ont écrit sur ces questions, croit que la controverse est close par ses recherches; quelques-uns même n'hésitent pas à déclarer qu'ils ont dit le dernier mot. Pour nous, après avoir lu avec une sérieuse attention et un véritable intérêt chacune de ces savantes dissertations, nous sommes arrivé à une opinion tout à fait contraire. Ces questions sont plus obscures que jamais; aussi nous bornerons-nous à faire connaître les principales doctrines qui se sont produites dans les derniers temps, sans prendre parti toutes les fois que le doute nous paraîtra l'emporter sur la certitude.

Et d'abord viennent certaines collections de faux capitulaires. En première ligne, le *Capitularium* de Benoit le Lévite, les *Capitula Angilramni* et les *Canons* d'Isaac de Langres.

dites de Bonneval, qui sont de simples abrégés de la précédente ; la collection d'Halitgar de Cambrai (817-831); la collection de Corbie; enfin le *Codex carolinus*, dressé en 791 par ordre de Charlemagne et qui comprend quatre-vingt-dix-neuf lettres adressées par les papes à ce prince, à Pépin ou à Charles Martel. Ce dernier recueil se trouve dans le t. XCVIII de la *Patrologie latine* de l'abbé Migne. L'Angleterre possède aussi plusieurs recueils; quelques-uns sont attribués à l'archevêque Egbert d'York, mort en 767, notamment un livre intitulé *De jure sacerdotali* et un autre connu sous le titre de *Exceptiones Egberti*. Au commencement du VIII<sup>e</sup> siècle parut en Irlande la collection appelée *synodus Patricii* ou *hibernencis* qui fut plus tard complétée et remaniée en France. Elle a été publiée par Wasserschleben, *Die irische Kanonensammlung*. En Afrique on signale deux collections principales, l'une composée vers l'an 546 par le diacre Fulgence Ferrand et qui comprend des extraits des conciles grecs et des conciles d'Afrique, l'autre écrite vers la fin du VII<sup>e</sup> siècle. Ces deux recueils ont été publiés dans la *Patrologie latine* de l'abbé Migne, la première dans le t. LXVII et la seconde dans le t. LXXXVIII.

Les capitulaires de Benoît Lévite forment une compilation rédigée entre les années 847 et 857. Qu'était ce Benoît Lévite? Il nous apprend dans une préface en vers qu'il a composé son recueil sur l'ordre d'Otgar, archevêque de Mayence. Mais dans ces derniers temps, on a révoqué en doute l'exactitude de cette assertion, en faisant remarquer que cette compilation, publiée après la mort d'Otgar et sous l'épiscopat de son successeur Maur, n'a pas été dédiée à ce prélat, ni jamais citée par celui-ci dans ses écrits; Benoît le Lévite ne serait qu'un nom imaginaire et sa collection aurait été composée en France. Elle présente en effet plus d'une analogie avec d'autres recueils de même nature qui ont été très probablement faits dans ce pays. Quoique l'auteur de la collection dise le contraire dans sa préface, la plupart des pièces du recueil sont apocryphes et empruntées aux sources les plus diverses : la Bible, les Pères de l'Église, le Code Théodosien, la loi romaine et la loi germanique des Visigoths, le Code Justinien, l'*Epitome* de Julien, la loi des Bavarois, enfin les collections de canons et de décrétales dont s'est servi l'auteur du pseudo-Isidore (1).

Les *Capitulaires d'Angilramne* sont ainsi appelés parce qu'ils auraient été remis en 785 par le pape Adrien à Angilramne, évêque de Metz, pendant son séjour à Rome, à l'occasion d'un procès. Telle est du moins l'assertion contenue dans certains manuscrits. Mais d'autres de dates plus récentes disent absolument le contraire : ce serait Angilramne qui aurait offert le recueil au pape Adrien. Il est aujourd'hui établi que ces deux explications sont fausses : Angilramne n'a pas soutenu de procès à Rome. Les capitulaires d'Angilramne, au nombre de soixante-et-onze, soixante-douze ou quatre-vingts, s'occupent surtout des accusations contre les clercs; ils font de notables emprunts aux capitulaires de Benoît le Lévite (2).

(1) Les Capitulaires de Benoit le Lévite ont été publiés dans les éditions de Baluze, de Walter et de Pertz; ils figureront aussi dans celle de Boretius.

(2) La plus récente édition a été donné par Hinschius dans ses *Decretales pseudo-isidorianæ*, Leipsig, 1863.

Quant aux *Canons d'Isaac de Langres*, ils ne sont qu'un extrait de l'œuvre de Benoît. On les appelle ainsi parce qu'ils sont attribués à l'évêque de ce nom (859) (1).

On aura remarqué un lien de famille incontestable entre ces trois recueils : le premier a inspiré les deux autres. Tous trois sont surtout composés de documents apocryphes; tous trois se proposent le même but, entraver les accusations des évêques pour les mieux protéger contre l'arbitraire du pouvoir temporel, consacrer l'autorité du Saint-Siège, afin d'intimider le pouvoir séculier, empêcher la sécularisation des biens ecclésiastiques, attaquer les chorévêques qui compromettaient l'autorité des évêques dans les diocèses où ils existaient. Les mêmes tendances se manifestent dans deux autres écrits d'une nature tout à fait différente, deux chroniques : les *Acta pontificum cenomannensium* (dans leur première partie depuis Saint Julien jusqu'à Aldric) et les *Gesta Aldrici* (2). Ces recueils sont, eux aussi, remplis de documents apocryphes; l'auteur des *Acta* et celui des *Gesta* se servent des mêmes matériaux que Benoît (3). Comme ils ont été composés bien certainement dans l'entourage de l'évêque du Mans Aldric, on en conclut que les faux capitulaires de Benoît et ceux d'Angilramne ont été faits dans le même pays. Ces recueils auraient donc vu le jour au Mans, dans la partie occidentale de la Gaule. On attribue aussi, nous le verrons bientôt, la même contrée comme lieu de naissance, à la célèbre collection des fausses décrétales, aux collections pseudo-isidoriennes (4).

D'autres pensent que les recueils des faux capitulaires ont

(1) Ils ont été publiés par Baluze, dans le t. I de ses Capitulaires.

(2) Ces *Acta pontificum* ont été publiés par Mabillon dans le *Vetera Analecta*, éd. de 1723; les *Gesta* se trouvent dans les *Miscellanea* de Baluze (t. III) et dans la *Patrologie latine* de l'abbé Migne, t. CXV.

(3) M. Simson a essayé d'en donner la preuve pour les *acta* dans son étude intitulée : *Die Entstehung der Pseudo-isidorischen Fälschungen in* le Mans, Leipsig, 1886. M. Paul Fournier a entrepris la même preuve pour les *Gesta*, dans son étude sur *la question des fausses décrétales*, p. 14.

(4) Telle est notamment l'opinion de MM. Simson et Fournier dans les ouvrages précités.

été écrits dans la Gaule orientale. Sans doute les allusions faites dans les manuscrits à Otgar, archevêque de Mayence, à Angelramne évêque de Metz, peuvent être plus ou moins fausses, mais elles suffisent cependant pour faire connaître l'origine de ces recueils. La situation de l'Eglise était la même d'ailleurs dans toutes les parties de l'Europe : ses biens étaient menacés à l'est comme à l'orient, l'autorité des évêques compromise par les chorévêques.

Cette question offre un bien plus grand intérêt pour la collection fausses décrétales, car, à la différence des précédentes, cette œuvre a joué un rôle considérable au moyen âge.

Le recueil des fausses décrétales ou collection pseudo-isidorienne, a été rédigé entre les années 845 et 852; il est en effet postérieur au concile tenu à Meaux en 845 et il a été cité par Hincmar dans un synode du diocèse de Reims en 852. Cette collection a longtemps passé pour authentique. En France on l'a prise pour le recueil d'Isidore de Séville dont nous avons parlé précédemment. Cette méprise tenait probablement à ce que l'*incipit* porte : *Incipit præfatio sancti Isidori episcopi libri hujus*. L'auteur paraît avoir voulu présenter son livre comme l'œuvre de Saint Isidore. Peut-être a-t-il agi ainsi parce qu'il a fait de nombreux emprunts à la collection que l'on attribuait déjà à ce saint.

Pendant plusieurs siècles on n'a pas douté de l'authenticité de ce recueil. Ce fut seulement au xv^e siècle qu'on commença à soupçonner la fraude. Le cardinal Nicolas de Cusa établit la fausseté des décrétales dans son ouvrage *De catholica veritate* (1). Au xvi^e siècle, la question fut reprise et depuis le célèbre travail de Blondel intitulé *Pseudo-*

(1) Nicolas de Cusa naquit en 1401, dans un village situé sur les bords de la Moselle. Il est l'auteur d'un grand nombre d'ouvrages sur l'Église, les mathématiques, l'astronomie, etc. Deux siècles avant Galilée, il a soutenu le système du mouvement de la terre et de sa rotation. Il proposa au concile de Bâle en 1431 la réforme du calendrier. Ses œuvres ont été publiées dans cette ville en 1565.

*Isidorus* paru à Genève en 1628, personne n'a pu douter de la fausseté des décrétales du pseudo-Isidore, malgré les protestations du jésuite Torres.

Dans la préface l'auteur semble se donner à lui-même le nom d'*Isidorus Mercator;* mais c'est là une simple apparence, en réalité il ne se fait pas connaître et on ignore encore aujourd'hui son véritable nom (1).

Pendant longtemps on a cru que la collection des fausses décrétales avait été composée à Rome : il existe en effet, parfois, de frappantes analogies entre ce recueil et le *Liber pontificalis* qui, lui, a été certainement rédigé à la cour de Rome. Fort souvent l'auteur des fausses décrétales s'est attaché à composer le texte d'une décision purement imaginaire qui était déjà mentionnée dans le *Liber pontificalis*. Cependant aujourd'hui l'origine romaine des fausses décrétales est très généralement repoussée. C'est qu'en effet ce recueil fut cité en Gaule un certain nombre d'années avant d'être connu à Rome. On en relève une première trace dans un mémoire présenté en 853 au concile de Soissons, par les clercs de l'Eglise de Reims et en 857 il fut formellement cité au concile de Kiersy-sur-Oise. Au contraire on n'a pas la preuve qu'il ait été connu à Rome avant l'année 869; a cette époque il en fut parlé dans un concile. Toutefois les papes n'usèrent pendant un certain temps de cette collection qu'avec une extrême réserve, soit qu'ils aient douté de son authenticité, soit à cause de son origine étrangère. Mais lorsque Bruno de Toul monta sur le trône pontifical sous le nom de Léon IX, la collection isidorienne fut très souvent citée; elle se répandit rapidement et ne tarda pas à jouir d'une immense autorité. Le nouveau pape Léon IX avait connu et pratiqué la collection en Gaule; c'est en effet là

(1) La préface porte : *Isidorus Mercator servus Christi lectori conservo suo et parens in domino fidei salutem.* Il est probable qu'il a emprunté cette formule à un autre recueil de canons de conciles grecs où on lisait déjà : *Marius Mercator servus Christi lectori conservo suo et parens in domino fidei salutem.* Les deux formules sont identiques, l'auteur s'est borné à remplacer le mot Marius par celui d'Isidore.

qu'elle jouissait déjà d'un grand crédit, précisément parce qu'elle y était née.

Mais dans quelle partie de l'Empire franc la collection isidorienne a-t-elle vu le jour? Suivant l'opinion dominante, les fausses décrétales auraient été rédigées dans la province de Reims ou dans une contrée environnante, soit par l'archevêque Ebon de Reims, soit par un de ses partisans, peut-être Wulfad, chanoine de Reims, précepteur des fils de Charles le Chauve, plus tard évêque de Langres et archevêque de Bourges, soit Rothad de Soissons. Peut-être l'auteur des fausses décrétales est-il en même temps celui des faux capitulaires attribués à tort à Benoît et à Angilramne. Dans tous les cas, il existe une parenté certaine entre ces différentes œuvres qui émanent de prélats ou de prêtres du diocèse de Reims ou des pays environnants. C'est en effet dans cette province ecclésiastique que les fausses décrétales sont alléguées pour la première fois. Elles ont été citées, nous l'avons vu, au concile de Soissons et un peu plus tard dans l'assemblée de Kiersy; Hincmar, archevêque de Reims, les invoqua souvent à partir de 859 ou même de 852 (1).

Dans une autre doctrine proposée par le cardinal Pitra (2), le recueil des fausses décrétales aurait été rédigé à Mayence par l'archevêque Otgar ou sous son inspiration. Ce prince de l'Église était menacé de démembrements dans son archevêché qui comptait onze suffragants. Or le recueil des fausses décrétales renferme précisément une prétendue lettre de Pélage II qui interdit de démembrer l'archevêché lorsqu'il ne renferme pas plus de onze suffragants.

Est-ce bien là un motif suffisant pour expliquer la

(1) Weizäcker a même soutenu que les fausses décrétales sont l'œuvre personnelle d'Hincmar ; mais il n'a convaincu personne. Hincmar a en effet toujours combattu les doctrines contenues dans les fausses décrétales. Dès lors comment admettre qu'il en soit l'auteur ? Pour expliquer cette contradiction M. Weizäcker prétend qu'Hincmar a sacrifié ses opinions à son ambition qui le portait à devenir primat des Gaules. Voy. son article intitulé *Hincmar und Pseudo-Isidorus*, dans la *Zeitschrift für historische Theologie*, année 1858, p. 337.

(2) *Analecta novissima*, I, 91.

composition de tout un recueil? Il est vrai qu'on a donné encore d'autres raisons. Ainsi il est certain que le *Liber pontificalis* était connu à Metz dès le VIIIe siècle. Or l'auteur des fausses décrétales s'en est largement inspiré. Il a aussi fait usage de lettres adressées à Boniface de Mayence. N'est-ce pas aussi Bruno de Toul qui a vulgarisé en Italie le recueil des décrétales lorsqu'il monta sur le trône pontifical sous le nom de Léon IX? Or ce pape était né à Dachsbourg (1002-1054) d'un comte alsacien et il avait été élevé parmi ce clergé des bords du Rhin auprès duquel le recueil du pseudo-Isidore jouissait d'un grand crédit. C'est donc bien de ce pays aussi que vient le recueil, disent les partisans les plus prudents de cette opinion.

D'autres plus précis ajoutent que la collection a vu le jour à Mayence; d'autres enfin n'hésitent pas à nommer Riculf, archevêque de Mayence, comme l'auteur des fausses décrétales. Mais toute une école s'est élevée contre cette opinion et elle la repousse : les motifs qui empêchent d'attribuer à Mayence les faux capitulaires sont également vrais des fausses décrétales.

D'après un auteur récent, les faux capitulaires sont l'œuvre de Loup, abbé de Ferrières; ils ont été composés entre les années 847 et 853 et dans le but de protéger le métropolitain de Tours, menacé par le duc de Bretagne Noménoé (1). Tout récemment, M. Simson et après lui M. Fournier ont proposé une solution assez semblable. Selon M. Simson, les fausses décrétales seraient l'œuvre d'un diacre du Mans, nommé Léodald; M. Fournier est moins affirmatif sur la personne même de l'auteur, mais il croit aussi que les fausses décrétales ont été composées dans ce diocèse du Mans (2), comme la collection de Benoît et les capitulaires d'Angil-

(1) Voy. Langen, *Nochmals : Wer ist Pseudo-Isidor*, dans l'*Historiche Zeitschrift*, t. XII, p. 473.

(2) Voy. Simson, *Die Entstehung der Pseudo-Isidorischen Falschungen in* le Mans, Leipsig, 1886; Fournier, *La question des fausses décrétales*, Paris, 1887, 1 broch. in-8, extraite de la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XI, p. 70.

ramne. Ces divers travaux auraient été faits par des clercs de l'entourage immédiat de l'évêque du Mans Aldric (832-856). Deux chroniques remplies de documents apocryphes émanent de la même source, les *Acta pontificum cenomannensium* dans leur première partie et les *Gesta Aldrici*, dont il a déjà été parlé. On ne saurait contester la proche parenté qui existe entre ces chroniques et la collection isidorienne; le style, les procédés de composition, les sources, les tendances sont les mêmes; c'est du moins ce que s'efforcent d'établir d'une manière très ingénieuse M. Simson pour les *Acta Pontificum* et M. Fournier pour les *Gesta*. Les auteurs de ces chroniques, comme le faux Isidore, se servent du *Liber pontificalis;* ils emploient l'*Epitome Ægidii* et la *Scintilla* (1); les auteurs de ces différents écrits se proposent le même but, entraver les accusations contre les évêques, protester contre la sécularisation des biens ecclésiastiques, montrer que les chorévêques sont une cause de troubles dans les diocèses.

Cependant ces arguments ne nous paraissent pas décisifs. Tout ce qui en résulte, c'est qu'on a fabriqué des pièces fausses au Mans au milieu du IXe siècle. Mais ce n'est pas là un fait propre à cette contrée. De bonne heure on avait mis en circulation, même dans d'autres pays, des décrétales apocryphes (2). Dans ses *Regesta*, Jaffé en a signalé de très anciennes (3). On a même accusé Hincmar d'avoir fabriqué des pièces fausses, notamment des lettres des papes Hormisdas (521) et Hadrien Ier (775) (4). Ce qui se passait au Mans n'était donc pas extraordinaire ni propre à cette contrée. Il est vrai que les chroniqueurs des *Gesta pontificum cenoman-*

(1) Ce sont, on le sait, des abrégés du Bréviaire d'Alaric.

(2) Voy, Maasen, *Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts*, I, 418.

(3) Ces *regesta pontificum romanorum* donnent l'analyse des actes des papes et l'indication des recueils où ils sont imprimés. La 1re édition a paru en 1851. Potthast a continué les *Regesta* de Jaffé, jusqu'en l'an 1305, Berlin 1874-1875, 2 vol.

(4) Schrörss a essayé de disculper Hincmar, mais il n'y est pas parvenu. Voy. Schrörss, *Hinkmar, Erzbischof von Reims*, Fribourg, 1884, p. 507.

*nensium* et des *Gesta Aldrici* se sont largement inspirés, comme le pseudo-Isidore, d'une certaine version de l'*Hispana*, mais cette version était très répandue dans toute la Gaule.

Les derniers travaux critiques sur cette question laissent donc persister les doutes. Il faut en dire autant de ceux qui ont pour objet de rechercher le but que se proposait l'auteur des fausses décrétales. D'ailleurs cette dernière question présente, comme on va le voir, un lien intime avec la précédente.

Certains érudits ont prétendu que le pseudo-Isidore se proposait un but politique considérable. L'Empire franc s'était morcelé, on tombait de nouveau dans les temps obscurs. Quel serait celui des trois royaumes sorti du partage de l'Empire qui obtiendrait la suprématie? Il était impossible de le savoir. Mais il fallait éviter à l'Église ces morcellements, empêcher que le partage lui portât préjudice, s'en servir au contraire pour assurer sa suprématie. Ce résultat ne pouvait être obtenu qu'à condition de donner à l'Église l'unité et l'indépendance, en assurant la suprématie du Saint-Siège. C'est le but que se proposa l'auteur des fausses décrétales; il voulait donner la liberté à l'Église, assurer son droit de juridiction, confirmer ses possessions, relier directement les évêques au pape en affaiblissant l'autorité des métropolitains et celle des chorévêques. L'ordre, l'unité et la puissance de l'Église opposés au morcellement, à l'anarchie et à la faiblesse des puissances temporelles devaient assurer sa victoire.

Est-il bien certain que l'auteur des fausses décrétales ait poursuivi un dessein aussi vaste? A coup sûr il ne se doutait pas de la popularité dont jouirait son recueil ni du bruit qui se ferait autour de lui. Il écrivait loin de Rome et pendant un certain temps, comme nous l'avons vu, son œuvre n'y fut pour ainsi dire pas connue. Elle se répandit par suite d'un cas fortuit, l'élection d'un prélat franc au siège de Rome. Ce pseudo-Isidore, de même que beaucoup d'auteurs

de ce temps, pousse la modestie au point de ne pas nous faire connaître son nom et quant au but qu'il poursuit, il nous l'indique lui-même en termes très simples : il se propose de résumer, pour l'utilité du clergé et des fidèles, des textes empruntés à des sources diverses. Nous avons vu que parmi ces sources, il faut placer en première ligne le *Liber pontificalis* et l'*Hispana*. Le *Liber pontificalis* indique des décrétales d'ailleurs purement imaginaires ; le pseudo-Isidore s'attache ensuite à reconstituer le texte. C'était là un procédé très répandu à cette époque. Le plus souvent les chroniqueurs composent dans leurs récits une foule de discours qui n'ont jamais été prononcés. On ne se doutait pas dans ces temps de ce que nous appelons aujourd'hui la vérité historique. Ne sait-on pas que la plupart des vies des saints ont été écrites sans le moindre souci de cette vérité, qu'elles ont été souvent copiées les unes sur les autres, dans la seule intention d'édifier le lecteur et de lui proposer un modèle à suivre ? Le pseudo-Isidore a certainement subi cette influence.

Dans certains cas le pseudo-Isidore ne crée pas la fausse décrétale, il l'emprunte au *Liber pontificalis* et se borne à la rédiger. D'autres fois d'ailleurs il est plus hardi, mais dans aucun cas on ne doit lui attribuer un but politique considérable. Ceux qui partagent cette opinion ont le tort de subir l'influence de l'immense succès qu'a plus tard obtenu ce recueil, mais dont ne pouvait pas se douter celui qui le composa.

Faut-il dire en sens inverse que l'auteur des fausses décrétales a simplement songé à servir des intérêt locaux, ceux du pays où il écrivait ? Ceux qui donnent aux fausses décrétales l'évêché du Mans comme lieu d'origine, font remarquer que vers 848 et 849, il s'y passait de graves événements : le duc breton Noménoé s'efforçait de secouer le joug de la royauté carolingienne et entre autres moyens, pour arriver à son but, il cherchait une rupture entre les diocèses de Bretagne et la métropole de Tours ; il vou-

lait se débarrasser des évêques qui ne se prononçaient pas pour sa cause et obtenir la création d'un métropolitain à Dôle. L'évêque du Mans Aldric, partisan des évêques persécutés par Noménoé, aurait fait fabriquer dans son officine et par certains de ses clercs, les fausses décrétales et les faux capitulaires (1).

On a toutefois fait remarquer qu'il s'agit là d'événements relativement secondaires pour l'Église. On trouve au contraire ailleurs, dans la province de Reims, à la même époque, des faits bien plus graves, la querelle d'Hincmar avec les clercs ordonnés par l'archevêque Ebon. Celui-ci avait été condamné à Thionville en 835 et déposé. Le concile de Soissons délibérait alors sur la validité des ordinations faites par cet archevêque. Toutes les controverses relatives à la dépossession, à la restitution et à la translation des évêchés, renaissaient avec un intérêt tout nouveau. Ces fausses décrétales auraient été forgées pour servir d'armes contre Hincmar.

C'est en effet une opinion qui compte encore aujourd'hui de nombreux partisans. Toutefois ceux qui rattachent les fausses décrétales aux dissensions intestines de la Bretagne, lui adressent une objection : si les fausses décrétales ont été fabriquées contre Hincmar, comment ne les a-t-il pas repoussées en faisant valoir leur fausseté ? Cette objection n'est pourtant pas aussi décisive qu'elle le paraît au premier abord. En effet, même en admettant que les fausses décrétales viennent de la ville du Mans, il n'en est pas moins certain qu'elles ont été invoquées contre Hincmar et que ce prélat ne s'est pas prévalu de leur fausseté. Mais alors comment ce prélat a-t-il accepté ces fausses décrétales ? On peut, à notre avis, en donner deux explications, quel que soit leur lieu d'origine : Hincmar n'a pas fait valoir cette fausseté, d'abord parce qu'on aurait pu lui retourner l'ac-

(1) Voy. en ce sens Kunstmann, *Die Canonensammlung des Remedius von Chur*, Tubingue, 1836 ; Langen, dans l'*Historische Zeitschrift ;* Fournier, *La question des fausses décrétales*, p. 29.

cusation, car il a été fortement soupçonné du même fait, comme nous l'avons vu, ensuite parce que les fausses décrétales, défavorables à ses prétentions par certains côtés, lui convenaient par d'autres, notamment par leurs attaques contre les chorévêques.

Quoi qu'il en soit, qu'il y ait eu un intérêt local à rédiger les fausses décrétales, soit au Mans, soit à Reims, il n'en est pas moins certain que le pseudo-Isidore se proposait encore un autre but. Nous ne lui attribuons pas les desseins immenses que lui ont prêtés certains érudits et on en a vu la raison. Nous ne pensons pas davantage que l'auteur des fausses décrétales se soit proposé d'affermir le Saint-Siège. A cette époque la papauté n'avait pas besoin d'être protégée et c'était elle bien plutôt qui jouait le rôle de protecteur (1). Ce pseudo-Isidore n'a pas entendu servir la papauté, mais au contraire s'en servir au profit de ses idées. D'ailleurs on a vu que les fausses décrétales n'ont pas été immédiatement connues à Rome et les papes ne les ont pendant quelque temps accueillies qu'avec une certaine réserve, précisément parce que leur origine était fort suspecte (2). Mais il nous paraît hors de doute que le pseudo-Isidore se proposait de préparer des réformes dans l'Eglise pour la préserver des dangers qu'elle avait courus dans le passé et la fortifier dans l'avenir. Cette idée ne lui était d'ailleurs pas personnelle; on la retrouve encore dans d'autres écrits du temps (3). Nous l'avons déjà fait connaître : il s'agissait de fortifier l'autorité des évêques, d'empêcher les monastères d'échapper à leur surveillance, de supprimer ou tout au moins d'amoindrir les chorévêques qui entravaient l'action des évêques dans les campagnes, de protéger les évêques contre

(1) Voy. sur ce point Rocquain, *La papauté au moyen âge*, p. 41.

(2) Voy. à cet égard l'article du père de Smedt, *Les fausses décrétales, l'épiscopat franc et la cour de Rome du IXe au XIe siècle*, dans les *Études religieuses*... publiées par les Pères de la Compagnie de Jésus, 1878.

(3) Voy. Maassen, *Glossen des canonischen Rechts aus den Karolingischen Zeitalter*, dans les *Sitzungsberichte* de l'Académie de Vienne, année 1877.

les tentatives de dépossession de leurs sièges, d'exiger qu'en cas de dépossession ils fussent réintégrés tant qu'ils n'auraient pas été poursuivis et condamnés canoniquement, de limiter les droits des métropolitains dans les causes majeures des évêques et dans leur administration générale, d'empêcher le pouvoir royal de séculariser les biens des églises et des monastères, enfin de réformer les mœurs du clergé.

Pour atteindre ce but, le pseudo-Isidore a composé son œuvre sur les bases suivantes : il a placé en tête une préface empruntée à Saint Isidore de Séville, une lettre fausse d'Aurélius, archevêque de Carthage au pape Damase et la réponse également supposée de ce pape. Viennent ensuite les cinquante premiers canons des apôtres. Ils sont suivis de soixante lettres fausses, depuis Saint Clément jusqu'à Melchiade mort en 315; le pseudo-Isidore en a fabriqué cinquante-huit et en a amplifié deux. Mais la partie la plus importante du recueil, placée après ces soixante fausses lettres, n'est autre chose qu'une reproduction de la *Collectio hispana* plus ou moins remaniée. L'œuvre se termine par un grand nombre d'épitres ou de décrets des papes, depuis Sylvestre mort en 335 jusqu'à Grégoire II mort en 731. Ces pièces sont empruntées pour la plupart aux collections antérieures; on en compte trente-cinq fausses.

Comme on le voit, le recueil des fausses décrétales n'est donc en réalité que le développement d'une collection antérieure, l'*Hispana*, augmentée de pièces apocryphes. Toutefois le faux Isidore ne s'est pas servi de l'*Hispana* ordinaire, mais de celle qu'on désigne sous le nom d'*Hispana gallica* parce qu'elle était en effet très répandue en Gaule, au commencement du moyen âge. Il y a plus : il n'a pas utilisé l'*Hispana gallica* dans sa forme primitive, mais d'après un texte remanié et qu'on retrouve dans un manuscrit du Vatican (n° 1341), connu, à cause de son origine, sous le nom de manuscrit d'Autun. C'est une des rares questions

sur lesquelles le doute n'est plus possible aujourd'hui (1).

Avant d'en finir avec les recueils de décisions des conciles et des papes, il faut encore relever quatre collections qui appartiennent à notre période : la *collectio Anselmo dicata*, d'origine italienne, rédigée sous Anselme, archevêque de Milan, à la fin du IXe siècle, dédiée à ce prélat, encore aujourd'hui inédite et pour laquelle son auteur resté inconnu, a utilisé la *collectio Hadriana;* un recueil espagnol sur lequel on manque de renseignements, contenant les fausses décrétales, le regeste de Grégoire Ier et enfin le droit de Justinien, mais indirectement et de seconde main (2); la collection de Réginon abbé de Prum près de Trèves, composée entre 906 et 915, pour laquelle on a utilisé la *versio isidoriana*, la *versio dionysiana*, l'*interpretatio* du Bréviaire d'Alaric, divers livres pénitentiels, etc., et qui contient d'intéressants détails sur les procédures synodales (3); enfin une *collectio* d'Abbo, abbé de Fleury, écrite à la fin du xe siècle, adressée à Hugues Capet et à son fils Robert le Pieux, composée seulement de cinquante-deux articles pour lesquels on a utilisé les conciles, les décrétales, les capitulaires, le Bréviaire d'Alaric, les Novelles de Julien. Ce dernier recueil d'Abbo est une sorte de courte instruction donnée au roi sur l'Église et le clergé (4).

Lorsqu'on s'occupe des sources du droit canonique pendant notre période, il n'est pas permis de passer sous silence les édits et capitulaires des rois des deux premières races. Les édits des mérovingiens contiennent un assez grand nombre de mesures prises en faveur de l'Église et la plupart

(1) Voy. à cet égard Maassen, *op. cit.*, no 727, Fournier, *op. cit.*, p. 6. Les Fausses Décrétales ont été éditées en dernier lieu par Hinschius à Leipsig, 1863, 1 vol. in-4.

(2) Sarti a donné un résumé d'une partie de cette collection dans son ouvrage *De claris archigymnasii Bononiensis professoribus*, t. I. Voy. aussi Savigny, *Geschichte des Römischen Rechts in Mittelalter*, 2e éd., II, p. 289.

(3) La collection de Réginon a été éditée : en France par Baluze en 1671 et par Migne, dans le tome CXXXII de sa *Patrologia latina ;* en Allemagne par Wasserschleben à Leipsig en 1840.

(4) Il a été édité par Mabillon en 723 dans ses *Vetera analecta* et de nos jours par Migne dans le tome CXXXIX de sa *Patrologia latina*.

ont été adoptées d'un commun accord entre le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel, notamment dans des assemblées appelées *concilia mixta*. Sous les Carolingiens, les capitulaires réglant les questions ecclésiastiques se multiplièrent; mais il ne faut pas oublier qu'ils étaient souvent délibérés en concile ou inspirés par les évêques. On s'explique ainsi que l'Église les ait acceptés avec déférence (1).

Il ne faut pas confondre avec ces actes les concordats, véritables contrats passés entre le Saint-Siège et le pouvoir temporel. Pépin a conclu un premier concordat avec la papauté en 754 et Charlemagne en a passé un autre en 774; mais nous ne possédons pas le texte de ces deux premiers concordats et ils ne nous sont connus que par le *Liber pontificalis*. Le texte du concordat de Louis le Débonnaire en 817 et celui du concordat d'Othon I^er^ en 961, sont au contraire parvenus jusqu'à nous (2).

Enfin les dernières sources du droit canonique se composent, pour cette période, des livres pénitentiaux ou pénitentiels et des recueils de formules. Nous verrons le rôle important que jouaient à cette époque les pénitences. Les *libri penitentiales* ont pour objet de nous apprendre en quoi elles consistaient, comment elles étaient infligées ou subies. Quelques-uns contiennent les décisions mêmes des conciles; les plus anciens ont été rédigés en Irlande et en Angleterre, tels sont ceux de Vinnianus, de Gildas, de Bangor, de David de Minevia (3). On a attribué un important pénitentiel à l'archevêque de Cantorbéry, Théodore, mort en 686; il n'en est pourtant pas l'auteur et ce travail a probablement été écrit sous son nom à cause de l'in-

(1) Dans son *Histoire des sources du droit canonique*, p. 269, M. Tardif a donné, d'après l'édition de Boretius, la liste des édits ou capitulaires des rois des deux premières races qui se rattachent au droit ecclésiastique.

(2) Voy. Sickel, *Das* Privilegium Otto I *für die Römische Kirche*, Insprust 1883, p. 172 et 178.

(3) Mr. Schmitz prétend que les plus anciens pénitentiels viennent de Rome. Voy. *Das penitentiale Romanum*, 1875, et *Die Bussbücher und die Bussdisciplin der Kirche*, 1883. Mais sa doctrine est très contestée.

fluence que ce prélat a exercée sur la discipline ecclésiastique (1). Au commencement du VIII[e] siècle, Bède le Vénérable composa sous le titre d'*Excarpsus*, un pénitentiel qui est un abrégé de celui de Théodore. L'archevêque d'York, Egbert, mort en 767, en écrivit un autre un peu plus tard. Ces deux derniers pénitentiels, celui de Bède le Vénérable et celui d'Egbert, ont ensuite été réunis en un seul sous le titre : *De remediis peccatorum*. Au IX[e] siècle, on a publé de nouveaux pénitentiels, l'un sous le nom supposé de Bède et l'autre sous le nom également supposé d'Egbert. Vers 965 a enfin paru le pénitentiel dit du roi Edgard.

En Gaule, Saint Colomban, mort en 615, publia un pénitentiel d'après un recueil rédigé en Irlande, sa patrie d'origine. Cet ouvrage a servi de modèle à plusieurs autres dont on ne connaît d'ailleurs pas les auteurs. De même l'*Excarpus* de Cumméan a servi de modèle à un certain nombre de pénitentiels répandus dans notre pays. Il faut aussi relever l'existence du *Penitentiale romanum* qui, malgré ce nom destiné seulement à augmenter son autorité, appartient bien certainement à la France. Mais tous ces anciens pénitentiels, peut-être parce qu'ils s'inspiraient de législations exotiques, furent condamnés par le concile de Châlons en 813 et par le concile de Paris en 823. Il est probable aussi que des prêtres ignorants en avaient abusé et avaient fait de fausses applications des règles contenues dans ces livres. Enfin il se peut encore que par leur autorité ces livres aient diminué l'influence des évêques. Cette prohibition n'amena pourtant pas la disparition de ces livres. Les pénitentiels étrangers cessèrent d'être en usage, mais on en rédigea d'autres plus conformes aux canons et aux règles de l'Église des Gaules. Nous citerons parmi ces livres pénétrés de l'esprit nouveau : le pénitentiel d'Halitgar, évêque de Cambrai, rédigé à la demande d'Ebon de Reims et auquel on annexa le pénitentiel pseudo-romain; le *Liber penitentium* de Maur qui

(1) Ce pénitentiel de Théodore a été publié dans la *Patrologie latine* de l'abbé Migne, t. XCIX, p. 927.

fut envoyé en 841 à l'archevêque Otgar de Mayence (1).

Les plus anciens recueils de formules contiennent, comme nous l'avons vu, un certain nombre de modèles d'actes ecclésiastiques, notamment les formules du moine Marculfe et celles de Tours (2). Mais il existe aussi des recueils spéciaux de formules canoniques. Le plus important est sans contredit celui qu'on désigne sous le nom de *Liber pontificalis* ou *Liber diurnus pontificum romanorum* (3). Ce recueil a été rédigé probablement entre les années 691 et 751. Mais il renferme des pièces qui remontent jusqu'au temps de Grégoire I[er]. C'est un répertoire complet de diplomatique pontificale, un livre de pratique, un manuel de chancellerie. Il contient l'indication des règles à observer pour le sacre du pape, pour la concession du *pallium* aux métropolitains; il s'occupe des relations du pape avec les évêques d'Italie; il traite de l'administration et de l'aliénation du patrimoine de l'Eglise romaine. Aussi abonde-t-il en détails sur l'état intérieur de cette église, sa discipline et ses usages. Il contient aussi d'importantes formules sur les rapports de la puissance temporelle avec la puissance spirituelle, lettres des papes aux empereurs, impératrices, patrices, exarques, consuls, rois. On ignore d'ailleurs si le

(1) En Italie, on trouve aussi quelques pénitentiels ; d'après Schmitz, ce sont même les plus anciens de tous, mais suivant l'opinion commune, ils ne datent, au contraire, que du X[e] siècle. Dans le premier sens, Schmitz, *Das pœnitentiale romanum*, 1875; du même, *Die Bussbücher und die Bussdisciplin der Kirche*, 1883. Dans le second sens : Wasserschleben, *Die Bussordnungen der Abendländischen Kirche*, 1851. — L'Espagne n'a produit qu'un seul pénitentiel, voy. Wasserschleben, *op. cit.*, p. 257. — On trouvera des pénitentiels dans d'Arhens, *Spicilegium*, t. I; Canisius, *Antiquæ lexiones*, t. II ; *Ancient law institutes of England;* M. Tardif a donné une bibliographie des principaux travaux publiés sur les pénitentiels dans son *Histoire des sources du droit canonique*, p. 123.

(2) On a vu dans le tome précédent quelles sont les principales éditions de ces formules, notamment en dernier lieu celles de Rozière et Zeumer. M. de Rozière ayant publié les formules d'après un ordre méthodique, a groupé celles qui touchent à l'Eglise sous le titre de : *Formulæ ad jus canonicum et ritus ecclesiasticos spectantes*, p. 611 à 963. Il existe aussi des *Ordines judiciorum Dei*. Voy. Zeumer, p. 599 à 726.

(3) Le *Liber diurnus* a été édité en dernier lieu par l'abbé Migne dans le tome CV de sa *Patrologie latine* et par M. de Rozière en 1869.

*Liber diurnus* est un véritable code officiel de la chancellerie pontificale ou s'il s'agit d'une œuvre privée (1).

Les formules de la chancellerie des rois ostrogoths qui se trouvent dans les *Variæ epistolæ* de Cassiodore (liv. VI et VII), présentent plus d'un rapport avec le *Liber diurnus* (2). Enfin certains diocèses et quelques grandes abbayes ont aussi possédé des formulaires à leur usage (3).

Nous aurons terminé notre revue lorsque nous aurons énuméré un certain nombre d'écrits qui, sans rentrer directement dans le droit canonique, le complètent et l'expliquent parfois. Ainsi on possède, sous le nom de *Capitula episcoporum*, un certain nombre de recueils qui contiennent les décisions de conciles locaux et divers autres textes destinés à l'instruction du clergé (4). Les prélats, abbés et autres clercs écrivaient aussi déjà des traités qui se rapportaient plus ou moins au droit canonique. Mais ces œuvres sont relativement peu nombreuses (5).

(1) On pourra consulter sur ce *Liber diurnus* ou *pontificalis*: de Rozière, *Recherches sur le* Liber diurnus *des pontifes romains*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. XIV, p. 97, 367; Walter, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, p. 210; Duchesne, *Etude sur le* liber pontificalis. On trouvera dans ces auteurs l'indication complète des éditions de ce recueil et des écrits qu'il a provoqués.

(2) Voy. la *Patrologie latine*, t. LXV, col. 619.

(3) Nous citerons parmi celles qui ont été éditées: le *Liber brevarius uniuscujusque rei*, composé dans le diocèse de Salzbourg, au temps de l'archevêque Arno, mort en 820 et publié par Rockinger, dans les *Quellen zur Bayer. Geschichte*, 1858, t. VII, p. 45; les *Formulæ augienses* de l'abbaye de Reichenau, publiées en France, par M. de Rozière, en 1853; le formulaire de Salomon III, évêque de Constance (890-920), publié par Dummler en 1857.

(4) Tels sont les *Capitula* de Boniface, archevêque de Mayence (745), publiés dans le *Spicilegium* de Dachery, I, p. 507; ceux de Théodulf d'Orléans, rédigés vers 797, publiés par Migne, dans sa *Patrologie latine*; ceux de Hatton de Bâle, rédigés vers 822 et publiés par Pertz, comme capitulaires de Louis le Débonnaire, dans ses *Leges*, I, 439; ceux de Hérard, archevêque de Tours (858), publiés par Baluze, dans ses capitulaires, I, col. 993; ceux de Gautier d'Orléans (871), publiés par Hardouin, *Concilia*, V, 459, et par Mansi, XV, col. 505; ceux de Rodolphe de Bourges, mort en 866, publiés dans le tome CXIX de la collection de Migne; enfin ceux d'Hincmar de Reims, qu'on trouve dans la même collection, t. CXXV et CXXVI.

(5) Nous nous bornerons à relever les suivantes dont les objets divers se font suffisamment connaître par les titres qu'elles portent: Egbert d'York (mort en 767), *Dialogus de institutione ecclesiastica* (dans Migne, t. CXXXIX); Jonas,

§ 55. — ORGANISATION DE L'ÉGLISE.

Dans l'ordre spirituel comme au point de vue temporel, l'autorité et même la suprématie du pape, grandissent sans cesse pendant cette période. Jusqu'au VIIIe siècle, le pouvoir de la papauté s'était surtout fait sentir sur les Gaules. L'Espagne étant arienne lui échappait et les Lombards en fait étaient demeurés indépendants. Mais la papauté avait compris les dangers de la situation et pour éviter toute chance de rupture avec l'Église des Gaules, elle lui avait laissé une assez large liberté. C'est ainsi que le métropolitain d'Arles exerçait une partie des pouvoirs que la papauté réclama dans la suite. Mais au VIIIe siècle cette suprématie d'Arles fut contestée, puis compromise et le pape se réserva de conférer seul le *pallium* aux archevêques. On sait les immenses services rendus par Pépin et par Charlemagne à la cause du Saint-Siège. Celui-ci se sentit de temps à autre moins indépendant, même au point de vue spirituel, mais il se garda de se plaindre. Après la mort de Charlemagne, la papauté comprit qu'elle pouvait se montrer plus hardie. Jusque-là le pape avait été pour ses États un grand bénéficiaire de l'Empire et il lui payait même l'impôt à ce titre. Cet usage tomba en désuétude : en même temps les Églises nationales perdaient une partie de leur force et l'unité se fondait sous l'autorité de la papauté. Alcuin avait déjà dit en 799, un peu avant la restauration de l'Empire d'Occident, qu'il existait trois pouvoirs dans le monde, celui du pape, vicaire de Jésus-Christ, celui de l'empereur de Constantinople et celui du roi. Cette vérité n'était contestée par personne en ce qui concerne le pape : dans la suite, empereurs et rois reconnurent

évêque d'Orléans (822-842), *De institutione laicali et de institutione regia ad Pippinum regem*, (dans Migne, t. CVI) ; Maur, décédé en 856, *De institutione clericorum libri tres* (dans Migne, t. CVII) ; du même, *De ecclesiastica disciplina libri tres ad Reginbaldum* (dans Migne, t. CXII).

toujours sa suprématie au point de vue spirituel (1). Son autorité s'était tout naturellement développée par la force des choses : on avait compris que pour donner la puissance à l'Église, il fallait lui assurer l'unité et le pape était tout naturellement le représentant de cette unité. C'est bien à tort qu'on a autrefois accusé le Saint-Siège d'avoir contribué à la publication des fausses décrétales pour augmenter sa puissance. Cette erreur historique est aujourd'hui reconnue par tous. Le Saint-Siège n'avait pas besoin de pareils moyens et ce sont bien plutôt les auteurs des fausses décrétales qui se sont, comme nous l'avons déjà dit, servi de la papauté pour donner plus de force à leurs écrits (2).

En matière de foi, une seule autorité était placée au dessus de la papauté, celle des conciles œcuméniques auxquels étaient convoqués les évêques de toute la chrétienté. Les huit premiers conciles œcuméniques appartiennent tous à l'Orient; le plus ancien est le concile de Nicée de l'an 125 et le plus récent, le quatrième concile de Constantinople de l'an 869. Il se produisait alors une interruption de trois siècles pendant lesquels la papauté cessa de convoquer les conciles de ce genre. C'est seulement en 1123 qu'un nouveau concile œcuménique fut tenu à Latran, sous le pape Calixte II et désormais les conciles œcuméniques ont siégé en Occident (3).

(1) Plus tard, dans l'ordre temporel, les rois, notamment ceux de France et d'Angleterre, ont toujours contesté à l'empereur toute suprématie vis-à-vis d'eux; ils affirmèrent qu'ils étaient empereurs dans leur royaume.

(2) Voy. à cet égard Rocquain, *La Papauté au moyen-âge*, Paris, 1881, p. 44.

(3) Ces huit premiers conciles œcuméniques, tous tenus en Orient, sont les suivants : le concile de Nicée (325) qui formula contre les Ariens le symbole de la foi catholique; le premier concile de Constantinople (389); le concile d'Ephèse (431) qui condamna l'hérésie de Nestorius; le concile de Chalcédoine (451); le second concile de Constantinople (553); le troisième concile de Constantinople (680); le second concile de Nicée (784), qui condamna les iconoclastes; le quatrième concile de Constantinople (869). Cpr. Hefele, *Concilien Geschichte*, 7 vol., 2e édition 1873. Il en existe une traduction française en 12 vol., par l'abbé Delarc, 1869-1870.

Au-dessous de ces conciles œcuméniques fonctionnaient les conciles nationaux ou provinciaux et les synodes. L'évêque assemblait son clergé en synode; l'épiscopat de toute une province se réunissait autour du métropolitain en concile provincial; enfin les conciles nationaux étaient composés de tous les prélats d'un pays (1). C'est ainsi qu'il existe des conciles d'Afrique, d'Espagne, d'Italie, de Gaule et de France, sans parler des conciles d'Orient (2).

Sous les Mérovingiens et les Carolingiens, le pouvoir législatif s'exerçait surtout dans l'Église au moyen de ces conciles nationaux. Le roi seul avait le droit de les convoquer et il se chargeait de veiller à l'exécution de leurs décisions. Ces conciles réglaient surtout les questions de discipline. Ils exerçaient aussi, comme nous le verrons, un pouvoir judiciaire important. D'ailleurs sous les Mérovingiens, bien des violences se commettaient à cette occasion et la tenue d'un concile était parfois accompagnée des scènes les plus scandaleuses (3). Lorsque le roi était lui-même acccusateur dans un concile, il pouvait venir en personne, mais le plus souvent

(1) On trouvera dans Rozière, form. 528, p. 649, une formule d'ouverture et de cérémonial d'un concile.

(2) On en trouvera l'énumération dans Tardif, *Histoire des sources du droit canonique*, p. 73, avec l'indication des éditions des conciles. Nous nous bornons à emprunter à cet auteur l'énumération des conciles de la Gaule les plus fréquemment cités et qui se rapportent tous à notre période. Ce sont ceux d'Arles (314), Valence (374), Riez (*Rejense*) (499), Orange (*Arausicanum* (441), Vaison (*Vasionense* ou *Vasense*) (442), Tours, (461), Agde (*Agathense*) (506), Orléans (511, 533, 538, 541, 549), le *Concilium Epaonense* (517) que les uns placent à Bonne en Savoie, d'autres à Ponas (Isère), d'autres enfin à Epône (Seine-et-Oise); les conciles de Paris de 557 et 614, Lyon (567), Auxerre (570), Mâcon (581), Reims (630), Autun (670), Verberie (*Vermeriense*) (752), Vernon (755), Compiègne (756), Aix-la-Chapelle (816, 836), sixième de Paris (829), Beauvais et Meaux (845), deuxième de Soissons (853), troisième de Valence (855), Quierzy-sur-Oise (*Carisiacense*) (857), Troyes, (878).

(3) Dans le procès déjà cité de Prætextatus, on voit le roi Chilpéric prendre lui-même la parole devant le concile comme accusateur, corrompre des témoins et des juges, altérer les textes des canons pour faire condamner l'accusé. On trouvera dans Augustin Thierry, *Récits des temps mérovingiens*, un exposé dramatique de cette affaire d'après Grégoire de Tours (liv. V, § 19). Chilpéric a été accusé d'avoir fait de la théologie dans ce procès; mais il faut se rappeler que ce prince était très lettré; il était même poète et grammairien à son heure (Grégoire de Tours, liv. V, § 45).

il se faisait représenter par un haut personnage, par exemple par un duc (1).

Bien que les conciles et les synodes exerçassent les pouvoirs les plus étendus, cependant en fait la puissance et l'influence étaient concentrées dans les mains des évêques. Cette influence des évêques est facile à expliquer. Ces dignitaires de l'Église possédaient la plupart des prérogatives de l'ancienne magistrature municipale. Au moment des invasions les évêques exerçaient dans les villes les fonctions de défenseurs et étaient comme tels les véritables protecteurs du peuple. Ils sauvèrent souvent les habitants des villes du pillage et de la dévastation comme ils les avaient autrefois préservés de la rapacité des gouverneurs romains.

Les évêques appartenaient aux grandes familles du pays; ils étaient souvent pris parmi les personnages que Grégoire de Tours appelle les sénateurs romains (2). Dans la suite, les Francs parvinrent aussi aux évêchés et cela fut surtout vrai sous les Carolingiens. Mais à toutes les époques, ces dignités d'évêques furent toujours très recherchées.

En principe les évêques continuaient à être choisis comme autrefois, suivant l'usage de la primitive Église, par la communauté des fidèles composée des clercs, des laïques, nobles ou autres de la ville. Grégoire de Tours fait souvent allusion à cette nomination des évêques par le peuple et le clergé de la ville (3). Mais ces élections n'étaient presque jamais libres et indépendantes. Le roi prétendait présenter à l'assemblée du peuple de la ville le candidat qui lui paraissait le plus digne. Sans doute cette communauté n'était pas tenue de l'élire, mais, à l'occasion, le roi savait imposer sa volonté. Quelquefois l'évêque, pour prévenir ce danger, de son vivant désignait par disposition à cause de mort, au choix

(1) Grégoire de Tours, liv. X, § 19.

(2) Tels furent par exemple Vénérande, Sidoine, Vélusien, Grégoire de Tours, liv. II, § 12, 13, 23, 26; liv. V, § 45. Cpr. liv. III, § 17.

(3) Grégoire de Tours, liv. II, § 1 et 13; liv. III, § 2; liv. IV, § 6 et 35; liv. VI, § 7; liv VIII, § 22; liv. IX, § 23. Il arrivait aussi parfois au peuple d'une ville de tenter de déposer un évêque, bien qu'il n'en eût pas le droit. Cpr. Grégoire de Tours, liv. II, § 1.

du peuple et de son clergé, celui qui lui paraissait le plus digne de le remplacer (1). Malgré tout, comme on le voit par Grégoire de Tours, l'autorité royale exerçait une influence prépondérante dans les élections (2). Lorsque par surprise une élection se faisait à l'insu du roi, celui-ci n'hésitait pas à exiger la dépossession de celui qui s'était fait élire sans son consentement (3). En fait, le roi choisissait le plus souvent les évêques et l'élection n'était qu'une sorte de formalité. « Les gens de Tours apprenant que le roi était revenu de la sanglante expédition contre les Saxons, se réunirent en faveur du prêtre Euphronius, allèrent trouver le roi et lui présentèrent l'acte de sa nomination pour qu'il l'approuvât. Le roi répondit : « J'avais ordonné qu'on instituât le prêtre Caton, pourquoi a-t-on méprisé mes ordres? » Ils répondirent : « Nous avons été le chercher, mais il n'a pas voulu venir. » Sur ces entrefaites, Caton arriva inopinément pour prier le roi de renvoyer Cautin et de le nommer évêque de Clermont; mais le roi ayant reçu sa demande avec dérision, il demanda qu'on le nommât au siège de Tours qu'il avait dédaigné. Le roi lui dit alors : « J'avais d'abord ordonné que tu fusses sacré évêque par les gens de Tours; mais puisque, ainsi que je l'apprends, tu as eu cette Église en mépris, tu n'en auras pas le gouvernement (4). » On voit par cet exemple quel rôle le roi prenait à la nomination d'un évêque. Parfois même il ne se faisait pas faute de supprimer l'élection et de nommer à lui seul directement au siège épiscopal vacant (5). Il lui arrivait même de ne pas tenir compte de l'élection faite par le

(1) D'ailleurs, même dans ce cas, bien entendu, d'une élection par le peuple et le clergé, la confirmation par le roi était nécessaire. Cpr. Rozière, form. 515, p. 616. Grégoire de Tours, liv. V, § 47; liv. VI, § 9.

(2) Grégoire de Tours, liv. IX, § 23.

(3) Grégoire de Tours, liv. VI, § 7.

(4) Grégoire de Tours, liv. IV, § 15.

(5) Voy. Ruinart, dans sa préface sur Grégoire de Tours, § 20. Lorsqu'un évêque se trouvait, par suite d'infirmités, dans l'impossibilité de continuer l'exercice de son ministère, le métropolitain s'entendait avec lui pour les mesures à prendre. Mais l'intervention du peuple et des clercs n'était pas nécessaire. Capit. de 846, cap. 47, Pertz, *Leges*, I, p. 391.

peuple et le clergé et de choisir un autre que l'élu comme évêque (1). Lorsqu'il s'agissait de placer un évêque à la tête d'un diocèse de création nouvelle, comme la nouvelle communauté de chrétiens n'existait pas encore, la nomination était faite par le métropolitain. De très bonne heure les rois ne se bornèrent pas à présenter des candidats à l'épiscopat; ils prétendirent qu'ils avaient le droit de confirmer l'élection comme le métropolitain et ce droit était important pour le cas où l'élu n'était pas le candidat du prince (2).

C'était seulement sur l'ordre du roi que l'évêque, après son élection, était consacré par le métropolitain (3). En général l'évêque devait être consacré dans sa province et par son métropolitain (4); mais cette règle canonique comportait des infractions et parfois le roi, en signe de déférence ou de marque de considération pour un nouvel évêque, ordonnait de le consacrer en sa présence (5). D'autres fois aussi, lorsqu'un métropolitain n'avait pas consacré un des évêques de son ressort, il convoquait un concile de ses évêques pour faire prononcer la déchéance du nouvel élu; seulement ici encore la volonté du roi intervenait plus d'une fois et l'emportait définitivement (6). Enfin il ne faut pas oublier que le nouvel élu prêtait en cette qualité serment de fidélité au roi (7).

(1) Grégoire de Tours, liv. VIII, § 22. En retour, on a aussi quelques exemples d'élections sans présentation du roi et même contre sa volonté, Grégoire de Tours, liv. VI, § 7; liv. VIII, § 31.

(2) Il est possible que Clovis ait déjà exercé ce droit de confirmation. Voy. Junghans, *op. cit.*, p. 137. Cpr. Renouard, *Histoire du droit municipal;* Rozière, form. 512 et suiv. Dans le décret de confirmation, on énumérait à plaisir les vertus du nouvel élu.

(3) Il nous est parvenu des formules par lesquelles le roi mande ainsi de consacrer un évêque. Rozière, form. 518 et 519, p. 521.

(4) Le métropolitain aurait eu le droit de destituer l'évêque qu'il n'aurait pas institué, Grégoire de Tours, liv. IV, § 26; sur la consécration des évêques, voy. liv. IV, § 35.

(5) Grégoire de Tours, liv. IV, § 35.

(6) Grégoire de Tours, liv. IV, § 26. Les solennités de la consécration d'un évêque par le métropolitain, sont parvenues jusqu'à nous. Rozière, form. 528, p. 638. — Grégoire de Tours, liv. I, § 1; liv. II, § 12; liv. III, § 2; liv. IV, § 6 et 35; liv. VIII, § 22.

(7) Rozière, form. 6, p. 6 : « *Quantum sciero et potuero, adjuvante Domino, concilio et auxilio secundum meum ministerium fidelis vobis adjutor ero, ut regnum, quod vobis Deus donavit vel donaverit, ad ipsius voluntatem et sanctæ*

On voit combien les évêques étaient, par leur nomination, sous la dépendance du roi. Il est possible que Clovis ne se soit pas, par prudence, immiscé dans ces élections, alors surtout que presque tous les évêques catholiques étaient ses alliés et avaient largement contribué à constituer son royaume. Mais il est certain que ses successeurs immédiats prirent une part très active à la nomination des évêques et que sous les premiers Carolingiens ces dignitaires de l'Église devinrent de véritables fonctionnaires impériaux. A cette époque encore, l'ancien principe de l'élection des évêques par les clercs et les laïques formait la règle fondamentale, mais l'élection ne pouvait pas avoir lieu sans la permission du roi qui devait aussi la confirmer. Le moine de Saint-Gall nous apprend que Charlemagne était assiégé de sollicitations dès qu'un siège épiscopal était vacant. C'est qu'en réalité le prince carolingien faisait lui-même l'élection en indiquant au choix du peuple et du clergé le candidat qui lui était agréable. On a soutenu, il est vrai, que Charlemagne ne prenait aucune part à la nomination des évêques et pour combattre l'autorité du moine de Saint-Gall on a invoqué le capitulaire de 817, chap. 2, où il est dit (1) : « Nous approuvons que les évêques soient élus selon les statuts canoniques, par le choix du clergé et du peuple, dans le diocèse même, sans aucune acceptation de personnes et de présents, par le seul mérite de leur vie et de leur sagesse. » Telle était en effet la rigueur du droit, mais non la réalité des faits et on peut très bien concilier les deux textes qui ne présentent aucune contradiction entre eux. D'ailleurs les usages antérieurs confirmaient cette pratique. Les Mérovingiens avaient souvent imposé des candidats; Charles Martel avait imité cet exemple et il n'est pas prouvé que Pépin le Bref ne l'ait pas suivi (2).

*ecclesiæ ad debitum regium honorem vestrum et vestram fideliumque vestrorum salvationem habere et obtinere et continere possitis.* »

(1) Pertz, *Leges*, III, p. 206.

(2) Pour soutenir le contraire, on invoque le capitulaire de Vernon, de 755, Pertz, *Leges*, III, p. 24, où il est dit qu'il y aura toujours un évêque dans chaque

Toutefois, dès qu'il était entré en fonctions, l'évêque acquérait, vis-à-vis de l'autorité temporelle, une certaine indépendance. Cela fut surtout vrai sous les Mérovingiens. Cette indépendance tenait à des causes multiples. Les évêques n'étaient-ils pas avant tout les représentants de l'Église dont l'autorité était alors immense? Il ne faut pas oublier que l'Église formait sous les premiers Mérovingiens, avec la puissance royale, le seul principe d'union entre toutes les populations du royaume franc. Les évêques étaient les représentants les plus autorisés de cette unité. En outre, par leur science et par leurs bienfaits, ils inspiraient le respect à tous. Enfin si les rois exerçaient en fait sur eux l'action de leur force brutale, cependant ils n'osèrent jamais prétendre à leur égard au droit de vie et de mort. Souvent les rois francs infligèrent des affronts à des évêques, jamais ils n'osèrent attenter à leur vie. Il serait difficile de nier, en présence des preuves nombreuses fournies par Grégoire de Tours, que les princes francs s'étaient attribué un droit de vie et de mort sur leurs sujets (1). Mais les clercs et en particulier les évêques échappaient à ce droit : ils devaient être jugés par leurs pairs et d'après la loi canonique et plusieurs exemples donnés par Grégoire de Tours, le procès même de Grégoire, celui de Prétextat, celui de l'évêque Égidius qui fut condamné à la peine de l'exil, prouvent que les rois ont toujours reconnu ce privilège (2). L'évêque accusé par le roi devait être traduit devant un concile. Le roi n'avait même pas le droit de déposer un évêque. Ce pouvoir n'appartenait qu'au concile des évêques tenu par le métropolitain (3).

*civitas*. On en conclut que Pépin le Bref ne s'attribuait pas le droit de pourvoir à la vacance des sièges. Mais, comme on le voit, l'argument est sans valeur, car il n'y a, pour ainsi dire, aucun rapport entre les deux questions.

(1) Voy., par exemple, Grégoire de Tours, liv. V, § 17; liv. VI, § 32; liv. VIII, § 11 et 36; liv. X, § 21 et 22. Cpr. Fahlbeck, *La royauté et le droit royal francs*, p. 175.

(2) Grégoire de Tours, liv. V, § 19 et 50 et liv. X, § 19.

(3) Grégoire de Tours, liv. IV, § 26. Nous voyons bien que l'évêque Brice est, à cause de ses mauvaises mœurs, déposé par le peuple, qu'il essaye de se justifier par une sorte d'épreuve du feu, mais il n'en est pas moins chassé. Gré-

Dans son diocèse, l'évêque exerçait un droit d'administration supérieure, de surveillance et de juridiction sur tous, clercs ou laïques, même sur les monastères, à moins que ceux-ci n'eussent obtenu des lettres d'immunité. Les évêques d'une province se réunissaient en conciles sous la présidence du métropolitain pour statuer sur toutes les questions de leur compétence. Chaque évêque exerçait dans son diocèse la juridiction civile ou canonique dans la mesure que nous ne tarderons pas à déterminer.

De très bonne heure les évêques avaient pris l'habitude de réunir autour d'eux non seulement les membres du *presbyterium*, de l'église cathédrale, mais encore les autres prêtres du diocèse auxquels étaient confiés les fidèles. Ce fut l'origine des synodes diocésains. Sous les Carolingiens, cette institution fonctionnait très régulièrement. Tout évêque tenait des synodes dans son diocèse, à des époques périodiques. Ordinairement il convoquait une fois par an les clercs de son diocèse dans sa ville épiscopale et ceux-ci étaient tenus de se rendre à son appel. Dans ces synodes l'évêque donnait aux clercs l'instruction religieuse, traitait avec eux les questions de discipline ecclésiastique et d'administration; enfin le synode était aussi un véritable tribunal dans lequel l'évêque exerçait sa juridiction.

Le prélat ne se bornait pas à tenir chaque année ce synode général au chef-lieu de son diocèse. Comme il avait le devoir de parcourir fréquemment les différentes parties de son diocèse, il profitait de ces voyages pour réunir au cheflieu d'un archidiaconé ou d'un décanat, un synode partiel. Ces réunions avaient surtout pour but la correction des mœurs du clergé et des fidèles. A cet effet, l'usage s'introduisit, de la part des évêques, de désigner à l'avance, parmi les personnes les plus recommandables de la localité, des témoins synodaux qui étaient chargés en tout temps de surveiller la conduite des clercs et des laïques

goire de Tours, liv. II, § 1. Toutefois il nous semble qu'il y a là un fait de violence plutôt qu'un acte régulier de déposition.

et qui dénonçaient ensuite à l'époque du synode ou de la tournée pastorale les individus coupables de délits ou de péchés graves (1). Sous Charlemagne, les évêques furent assujettis par des dispositions rigoureuses à cette obligation de visiter au moins une fois par an toutes les paroisses de leur diocèse (2). On rappela aussi aux évêques le devoir de se réunir à certaines époques autour de leur métropolitain dont l'autorité, affaiblie sous les Mérovingiens, était restaurée. Enfin les évêques étaient obligés de résider dans leur diocèse. Le Saint-Siège tenait beaucoup à l'observation de ce devoir et Charlemagne le respectait à ce point qu'il n'y eut jamais de son temps des prélats de cour.

Les métropolitains ou archevêques formaient un degré dans la hiérarchie ecclésiastique au-dessus des évêques. Ils étaient chargés, comme nous l'avons vu, de consacrer les évêques de leurs diocèses. Ils tenaient des conciles provinciaux pour les affaires de discipline ecclésiastique. Dans la hiérarchie judiciaire, le métropolitain était le juge d'appel des décisions épiscopales; toutefois les accusations dirigées contre un évêque devaient être directement portées devant le synode des évêques présidé par le métropolitain (3).

Le premier évêque des Gaules qui obtint le *pallium* de la cour de Rome fut Aurélien d'Arles, en 543. Le pape Virgilius le confirma dans la dignité de vicaire général des Gaules dont avaient été déjà revêtus parfois quelques-uns de ses prédécesseurs (4). A ce *pallium* était attaché un droit de juridiction et certaines prérogatives, mais qui furent toujours contestées par les autres évêques de la

(1) Réginon rapporte un long formulaire de questions que le prélat adressait à l'époque de sa visite à ces témoins synodaux. Réginon, *De ecclesiastica disciplina*, lib. II, cap. 1. Cpr. : Philipps, *Les synodes diocésains*, traduction de l'abbé Crampon, p. 28; Fournier, *Les officialités au moyen âge*, p. 284.

(2) Capit. de 769, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, p. 33; Boretius, 44.

(3) Hincmar, *Epist. ad clerum* dans Baluze, II, p. 596. — Sirmond, *Concilia*, II, 639. — Capit. de 794, cap. 6, Boretius, 74. — Lois lombardes de Charlemagne, chap. 1.

(4) Sirmond, *Concilia*, I, 270.

Gaule. Dans un synode tenu en 742, tous les métropolitains de la Gaule obtinrent le droit de porter le *pallium*, à charge toutefois de prêter un serment d'obédience à la papauté. Ce serment ne fut à l'origine considéré que comme une formalité canonique; mais bientôt le pape Grégoire VII en fit un serment de foi et hommage et le considéra comme un signe de vassalité. A la fin de l'époque carolingienne, la suprématie de Rome sur tous les évêques et métropolitains de la Gaule était universellement admise. Parmi ces métropolitains, quelques-uns étaient revêtus de la dignité de primat, notamment ceux de Reims et de Lyon; ces derniers la conservèrent seuls dans la suite.

Sous les Mérovingiens, l'autorité et la juridiction des métropolitains vis-à-vis des évêques avaient fini par s'éteindre presque complètement. Charlemagne s'attacha à la restaurer. Un capitulaire de 779 (1) rappela aux évêques suffragants leurs devoirs et leur subordination vis-à-vis des métropolitains. Ceux-ci, au nombre de vingt-deux, devinrent de sérieux intermédiaires entre les évêques et le Saint-Siège; ils centralisèrent entre leurs mains l'administration spirituelle de l'Empire (2).

Il y avait à côté des évêques des *chorepiscopi* ou chorévêques. C'étaient des prélats chargés de remplir une partie des fonctions épiscopales dans les bourgs et les villages. On les avait institués pour soulager les évêques qui, sans eux, auraient été obligés à des déplacements incessants. D'ailleurs ces chorévêques, appelés parfois par les capitulaires évêques errants, à raison de la nature ambulatoire de leurs fonctions, devaient rester subordonnés aux évêques dont ils n'exer-

(1) Pertz, *Leges*, I, 36; Boretius, 47.

(2) Ces vingt-deux métropolitains étaient ceux d'Aix, Arles, Auch, Besançon, Bordeaux, Bourges, Cologne, Embrun, Fréjus, Grado (ou Aquilée), Lyon, Mayence, Milan, Narbonne, Reims, Rouen, Salzbourg, Sens, Tarentaise, Tours, Trèves, Vienne. Cpr. Eginhard, *Vita Caroli Magni*, cap. 33, dans Bouquet, V, p. 102. Eginhard ajoute à cette liste Rome et Ravenne. Mais certains auteurs les excluent parce que ces deux métropoles appartenaient à l'État pontifical placé sans doute sous la suzeraineté, mais non sous le gouvernement direct de l'empereur. Voy. Longnon, *Atlas historique de la France*, p. 53.

çaient même pas tous les droits. Ainsi ils ne pouvaient ordonner que des sous-diacres, des lecteurs, des exorcistes, mais non des prêtres ni même des diacres. Toutefois, en fait, les chorévêques se permettaient des empiètements incessants, ils se conduisaient en prélats indépendants et introduisaient l'anarchie dans les diocèses. Des plaintes s'élevèrent contre eux sous le règne de Charlemagne; on leur reprochait surtout de compromettre l'autorité des évêques. Le concile de Ratisbonne, tenu en 803, s'efforça d'apporter un remède à cette situation, mais il n'y parvint pas. Aussi les plaintes continuèrent à se produire comme par le passé; elles émanaient surtout de clercs; on les retrouve, comme nous l'avons vu, dans l'*Hispana Gallica* d'Autun, dans les *Gesta Aldrici*, dans les *Acta pontificum Cenomannensium*, enfin dans le recueil des fausses décrétales (1). Un concile tenu à Paris en 849 prononça la suppression des chorévêques. Cependant il y en eut encore pendant quelque temps. C'est seulement à la fin du xe siècle, qu'ils disparurent définitivement et furent remplacés par les grands vicaires ou vicaires généraux.

Chaque évêché comprenait un certain nombre de prêtres et le plus âgé d'entre eux était revêtu des fonctions et des honneurs d'archiprêtre. En cette qualité, il était spécialement chargé de tout ce qui concernait le service divin et en cas d'empêchement, il pouvait suppléer l'évêque dans certaines fonctions.

Au dessous des prêtres venaient les diacres. Le premier d'entre eux, appelé *primicerius* ou archidiacre, était assez souvent chargé par l'évêque des affaires extérieures. Dans la suite, l'archidiacre fut pris parmi les prêtres. Mais l'archiprêtre resta toujours chargé de seconder l'évêque dans ses fonctions ecclésiastiques.

En ce qui touche la juridiction, l'évêque se fit remplacer par des archidiacres dont le nombre fut augmenté et chaque évêché fut à cette occasion divisé en plusieurs archidiaco-

(1) Voy. à cet égard Paul Fournier, *La question des fausses décrétales*, notamment p. 8 et 36.

nats (1). En outre dans les campagnes, les petites églises tendaient de plus en plus à se grouper autour d'une église principale à laquelle elles reconnaissaient une sorte de supériorité. Aussi le prêtre de cette dernière église prit-il le titre d'archidiacre ou encore celui de doyen rural et en cette qualité il exerçait une sorte de juridiction dans l'étendue de son ressort (décanie) (2).

Pendant un certain temps, les prêtres des petites églises n'eurent pas le plein et entier exercice du culte; mais cet état de choses finit par disparaître et leurs églises devinrent elles-mêmes des paroisses (3).

C'est sous les premiers Carolingiens que fut organisée dans chaque évêché la corporation des chanoines. Cette réforme du clergé séculier, commencée par Chrodegang, neveu de Pépin le Bref, fut reprise par Charlemagne et achevée par Louis le Pieux qui la consacra définitivement par décret en 826. La règle établie pour les chanoines fut en général semblable à celle des Bénédictins réformés par Benoît d'Aniane, sauf que les chanoines pouvaient, à la différence des moines, posséder des biens. Il y eut désormais parmi les chanoines un *præpositus* chargé de l'administration des biens de l'Église, un *decanus* auquel étaient confiées toutes les affaires concernant le culte, un *scolaster* pour l'enseignement, un *cantor*, etc. En général les fonctions de *præpositus* étaient confiées à l'archidiacre et celles de doyen à l'archiprêtre.

Les chanoines ainsi organisés ne tardèrent pas à jouer un rôle important dans l'administration de l'Église, et cette autorité ne fit que s'accroître dans les siècles suivants (4).

C'était l'évêque qui disposait des sièges vacants dans son

(1) Grandidier, *Histoire de l'Église de Strasbourg*, II, diplôme 66.

(2) Synode de Toulouse de 844, cap. 3, Petz, *Leges*, I, 378.

(3) A l'origine le mot *parochia* désigna le ressort d'un évêché; c'est seulement dans la suite que le curé de l'église prit le nom de *parochus*; on l'avait appelé auparavant *presbyter parochianus*, *rector ecclesiæ* ou encore ou tout simplement *presbyter*.

(4) Voy. sur ce dernier point une curieuse formule dans Rozière, form. 549, p. 684. Le chapitre de Chartres comptait parmi ses membres quatre prévôts qui administraient seuls et sans contrôle les revenus de la communauté. Les cha-

diocèse, avec le consentement des chanoines. Ce droit de nomination existait même dans le cas où l'Église avait été fondée par un laïque; cependant on finit par admettre que, dans ces circonstances, le fondateur et ses héritiers partageraient au moins ce droit avec l'évêque et ainsi naquit le droit de patronage des laïques qui consistait surtout à présenter à l'évêque un candidat au siège vacant.

L'autorité et la juridiction de l'évêque s'appliquaient en principe à toutes les personnes qui se trouvaient dans son diocèse. Toutefois le roi pouvait, par une charte d'immunité spéciale, enlever un couvent à l'autorité de l'évêque et le placer directement sous celle du roi. En vertu de ses immunités ecclésiastiques l'abbé du couvent obtenait en principe les droits de juridiction et autres de l'évêque dans l'étendue de son monastère. Il échappait ainsi à la juridiction de l'évêque d'une manière absolue; ses sentences ne pouvaient pas être portées en appel devant la cour épiscopale.

Enfin le clergé des paroisses ne fut pas non plus oublié sous Charlemagne. Les capitulaires, notamment ceux de 779 et de 785, contiennent une foule de règles, parfois minutieuses, relatives à la discipline des prêtres placés à la tête des églises rurales. On ne pouvait, en effet, les soumettre, comme ceux des villes, au régime de communauté et leur appliquer la règle de Chrodegang. Par la force même des choses, ces prêtres des campagnes vivaient isolés et il devenait d'autant plus nécessaire de leur imposer des préceptes précis et rigoureux pour la conduite de leur vie. L'empereur voulut aussi, pour assurer des ressources aux églises, que chacune d'elles possédât une manse franche de tous impôts et redevances (1).

noines leur disputèrent cette prérogative, les accusant de détourner à leur profit le produit des prébendes. Deux rois intervinrent dans l'affaire, Louis VI et Philippe Auguste, deux papes, Pascal II et Célestin III et les chanoines finirent par triompher et obtinrent l'administration à la place des prévôts. Voyez Lepenois, *Histoire de Chartres*, I, 87, 119.

(1) Guérard, *Polyptique de l'abbé Irminon*, Proleg., § 325, *des Manses ecclésiastiques*, p. 597.

A raison même de son organisation spéciale et unique, mais non pas indépendante, comme on l'a dit à tort, l'Église et les clercs formaient une sorte de société spéciale : l'établissement du système des lois personnelles avait dû singulièrement favoriser cette organisation. Du moment qu'on autorisait chacun à vivre selon sa loi, pour quel motif en aurait-il été autrement de l'Église? Mais un pareil système favorisait les concessions de privilèges et sous ce rapport l'Église n'eut pas à se plaindre : privilèges pour les personnes des clercs, privilèges pour les biens ecclésiastiques, exemptions d'impôts, juridiction spéciale, etc. Cependant il faut bien s'entendre sur ces différents points. En principe, au point de vue des charges publiques, les églises, les monastères et les clercs ne jouissaient d'aucun avantage. Peut-être les clers échappaient-ils à l'impôt personnel, à la *plebeia capitatio*, comme le dit le Bréviaire d'Alaric, mais il est certain que les clercs étaient appelés à remplir, comme les autres hommes libres, la plupart des charges publiques. Ainsi ils avaient le droit et le devoir de siéger comme rachimbourgs au *mallus* du comte, mais en fait cela était mal vu (1). De même les clercs étaient soumis au service militaire et plus d'une fois on vit des évêques ou des abbés figurer les armes à la main au premier rang des combattants. Toutefois des capitulaires, comme nous l'avons dit, leur interdirent l'entrée des camps. De même l'Église restait en principe soumise pour ses terres à l'impôt foncier et aux autres charges fiscales. Mais en fait, les chartes d'immunité qui se multiplièrent de plus en plus, relevèrent de ces obligations et laissèrent même les immunistes percevoir les impôts à leur profit. En un mot, ce qui formait la règle en droit, devenait l'exception en fait et réciproquement.

## § 56. — DES MONASTÈRES.

Les monastères couvrirent de très bonne heure une partie du territoire de la Gaule. Les premiers semblent avoir été

(1) Grégoire de Tours, liv. VIII, § 39.

organisés par Saint Colomban. Né vers 540 dans le Leinster en Irlande, Colomban fit d'abord profession à l'abbaye de Benchor; puis il quitta cette abbaye et passa en France où il fonda, en 590, les monastères de Fontaine et de Luxeuil (1). Saint Colomban a laissé une Règle célèbre qui a été suivie pendant quelque temps dans beaucoup de monastères de la Gaule (2). On ne tarda pas toutefois à lui préférer la Règle de Saint Benoît. Après avoir étudié à Rome, Benoît, dès l'âge de 17 ans (3) se retira dans la solitude de Sublaqueum (aujourd'hui Subiaco) à quarante milles de la capitale. La réputation de ses vertus ne tarda pas à attirer autour de lui de nombreux disciples. Menacé de persécution, il s'établit sur le mont Cassin où il fonda, en 529, l'ordre célèbre auquel il donna son nom, l'ordre des Bénédictins. Ses disciples Maur et Placide créèrent des monastères en Gaule et en Sicile (4). La règle de Saint Benoît ne tarda pas à former le droit commun (5). En 760, l'évêque de Metz, Chrodegang, établit aussi, on s'en souvient, pour son chapitre une règle qui devint bientôt célèbre. En 789, Charlemagne voulut qu'elle fût observée par tous les clercs réguliers ou séculiers et c'est par là que fut créé l'ordre régulier des chanoines dans les cathédrales. A partir de cette époque, la vie à l'état de communauté, devint ainsi la règle, même pour le clergé séculier, car il s'établit au-dessous des évêchés, pour les églises moins importantes, de véritables collégiales. Ce fut seulement dans les plus petites églises que les prêtres continuaient à vivre seuls. Dans la seconde moitié du VIII^e siècle, la discipline de Saint Benoît fut réformée par Benoît d'A-

(1) Exilé par Brunehaut qu'il avait irritée en reprochant à son petit-fils Thierry II ses dérèglements, il se retira d'abord à Genève, puis en Italie, et fonda le monastère de Robbio, où il mourut en 615.

(2) On la trouve dans ses œuvres complètes, publiées par Thom. Sirin, Louvain, 1667, in-fol.

(3) Saint Benoit était né en 480 et mourut en 543.

(4) La règle de Saint Benoit, accompagnée d'un commentaire par dom Calmet, a été publiée en 1734, Paris, 2 vol. in-4°, et sa vie a été écrite par dom Mège, 1690, in-4°.

(5) Voy. par exemple le Capit. de 755, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 26; Boretius, 35.

niane (1). Après avoir vécu à la cour pendant quelque temps, il se retira dans l'abbaye de Saint-Seine et fonda en 780 à Aniane un monastère de Bénédictins réformés; il fit adopter sa réforme en Provence et en Languedoc. Louis le Débonnaire le chargea de l'inspection de toutes les abbayes de l'Empire, et voulant l'avoir toujours près de lui, il fit bâtir pour lui le monastère d'Inde, près d'Aix-la-Chapelle (2).

Malgré ces réformes et la surveillance de l'autorité laïque ou ecclésiastique, bien des abus se commirent dans les couvents. Trop souvent il s'y accomplit des actes qui étaient le contraire de la vertu et impliquaient un grave relâchement ou même un abandon complet de la discipline ecclésiastique. Cette triste situation tenait à plusieurs causes. Et d'abord n'était-il pas naturel que l'état presque complet de barbarie de l'époque se fit sentir jusque dans les monastères? Le clergé séculier ne donnait pas non plus toujours le bon exemple; on tolérait que les clercs fussent mariés et il y eut même des évêques qui n'observaient pas la règle du célibat (3). Dès lors les religieux et religieuses n'étaient que trop souvent portés à ne pas respecter les règles de continence de leur ordre, malgré les peines de l'adultère qui les menaçaient ainsi que leurs complices. Mais la cause principale des infractions qu'on se permettait dans les monastères aux règles de la discipline, tenait à ce qu'un grand nombre de couvents échappaient complétement à la surveillance de l'évêque du diocèse et ne relevaient que de la cour de Rome (4). Nous avons vu que fort souvent les rois accordaient ces privilèges d'immunité à des monastères et ceux-ci n'étaient plus alors soumis à aucun contrôle, car la cour de Rome était beaucoup trop éloignée pour pouvoir exercer sur eux une surveillance efficace.

(1) Né en Languedoc vers 750, mort en 821.

(2) Saint Benoit d'Aniane fut le principal auteur des canons du concile d'Aix-la-Chapelle, en 817, pour la réformation des bénéficiers et des moines. Il reste de lui : *Codex regularum*, Paris, 1663; *Concordantia regularum*, Paris, 1638; quatre opuscules contre Félix, évêque hérétique d'Urgel.

(3) Voy. à cet égard Grégoire de Tours, liv. IV, § 36; liv. VIII, § 19 et 39.

(4) Grégoire de Tours, liv. IX, § 39.

Mais il serait injuste de méconnaître que, malgré ces imperfections, les couvents rendaient les plus grands services à la société. Ce sont eux qui ont défriché le sol de la France et empêché l'agriculture de tomber dans un oubli presque complet. Ils ont mis en culture une immense étendue de forêts et de terrains vagues qui du fisc impérial avaient passé dans le domaine des rois francs. Autour des monastères se sont fondés des villages qui, à leur tour, devinrent parfois des villes. Tous les couvents pratiquaient largement l'aumône et faisaient vivre une population pauvre qui, sans ces secours, serait morte de faim ou aurait pratiqué le brigandage. Les arts et les lettres jetaient à cette époque une bien faible lueur, mais enfin cette lueur venait aussi des couvents. C'étaient à eux que s'adressaient tous ceux qui voulaient s'instruire. Les couvents ont été, dans ces temps obscurs, les dépositaires des débris de l'ancienne civilisation et plus d'un de ces débris aurait été définitivement perdu pour nous si ce dépôt n'avait pas été soigneusement conservé (1).

Par malheur, les couvents s'accrurent trop rapidement; ils ne tardèrent pas alors à enlever au commerce des quantités considérables de terres et à attirer par leurs richesses un grand nombre de personnes dont la vocation était douteuse; la vie civile était privée de leurs services et fort souvent ces personnes n'en rendaient pas dans les couvents (2).

Sans doute, en théorie, les conditions d'entrée et de sortie dans les couvents étaient assez rigoureuses; mais il y avait loin de la théorie à la pratique. Nous avons vu qu'un homme libre ne pouvait pas entrer dans un couvent sans le consentement du roi, probablement à cause des privilèges fiscaux

(1) Voy. le mémoire de M. Mignet sur cette question : *Comment l'ancienne Germanie est entrée dans la société civilisée de l'Europe occidentale*, dans le Recueil des Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques, t. III, p. 673. Les actes de donation faits aux églises et aux monastères attestent le bien qu'ils faisaient et les services qu'ils rendaient. Voy. par exemple les Formules de Rozière, p. 76, 222, 242, etc.

(2) Parfois un père donnait son fils à un couvent pour qu'il devînt moine. Voy. Rozière, form. 559 (p. 699), dans laquelle se trouvent indiquées les formes et les effets de cette sorte d'adoption.

et autres dont jouissaient la plupart les moines. Le postulant devait adresser au couvent une demande dans laquelle il reconnaissait toute la sévérité des règles monastiques et ajoutait qu'il s'y soumettait avec empressement. Il n'était autorisé à faire cette demande qu'après une année de noviciat pendant laquelle on le prévenait jusqu'à trois reprises de cette rigueur des règles monastiques (1). Celui qui entrait ainsi dans un couvent se dépouillait de tous ses biens, présents et à venir; il s'engageait à ne recevoir que les aliments et les vêtements donnés par le supérieur; enfin il renonçait à tout acte de volonté et promettait une soumission absolue (2). La demande du postulant était soumise à l'assemblée générale des moines et ceux-ci décidaient par leurs votes. Lorsqu'on voulait changer un règlement intérieur d'un monastère, il fallait aussi réunir les moines et c'étaient encore eux qui décidaient (3). L'abbé du monastère était également élu par les moines (4), mais en général l'élection devait être confirmée par l'évêque et par le roi. Fort souvent le roi exerçait un droit de présentation et alors il lui arrivait parfois d'imposer sa volonté comme pour l'élection des évêques. D'autres fois, le monastère, en vertu d'une immunité spéciale, était indépendant de l'évêque et il ne pouvait plus être question de soumettre l'élection de l'abbé à sa confirmation; celle-ci était demandée au pape. Nous avons déjà dit que ces chartes d'immunité destinées à rendre certains couvents indépendants de l'évêque, étaient très fréquentes. Les évêques les voyaient d'un assez mauvais œil et il leur arrivait parfois de ne pas respecter complétement ces chartes, surtout si elles

(1) ... « *Ter in anno lecta atque tradita regula cum ammonitione dicentis Ecce lex sub qua militaris vis; si potes observare ingredere; si non potes, liber discede. Hoc ergo videns ordinatissimum atque morosum mihi spatium attributum, dubitationis aditu prætermisso, ut me jam vestro corpori sociare dignemini humiliter deposco. Ego tamen hujus regulæ instituta, Domino adjuvante, servare promitto, et propter vitæ æternæ præmium coram Deo et angelis et humiliter militaturum subicio.* » Rozière, form. 555, p. 693.

(2) Rozière, formules 556 et 557, p. 694 à 698.

(3) Rozière, formules 572, p. 725.

(4) Rozière, form. 576, p. 738.

présentaient quelqu'obscurité. Aussi les rois prenaient-ils parfois la précaution de faire confirmer la fondation d'un monastère par le synode (1). Quant aux immunités conférées aux monastères, elles pouvaient varier à l'infini, mais le plus souvent elles consistaient en ce que l'évêque, l'archidiacre et les autres clercs séculiers du diocèse n'y exerceraient aucune autorité. Pour les consécrations des autels, pour les ordinations, l'abbé et ses moines pouvaient choisir un dignitaire de l'Église autre que l'évêque du diocèse; celui-ci n'avait droit à aucune redevance et si l'hospitalité lui était accordée dans le monastère par esprit de charité, il ne pouvait dans la suite en faire découler aucun droit. L'évêque n'avait aucune juridiction sur les personnes ni sur les terres du monastère et ne pouvait y prétendre à aucune rétribution. Il n'avait même pas le droit d'y pénétrer, encore moins celui de convoquer les moines et autres habitants du monastère sans le consentement de l'abbé. Parfois toutes ces immunités étaient accordées au monastère vis-à-vis du comte de la localité, c'est-à-dire à l'égard du pouvoir royal. Enfin d'autres fois encore, le couvent était immuniste à la fois vis-à-vis de l'évêque et du comte, et alors il jouissait, dans l'étendue de ses terres, d'une souveraineté spirituelle et temporelle à peu près absolue (2).

## § 57. — DE LA PERSONNALITÉ DES ÉGLISES, ABBAYES, MONASTÈRES ET DE LEUR PATRIMOINE.

Au moment où les Francs s'établirent en Gaule, il existait, surtout depuis l'édit de Milan, trois classes d'établissements religieux, les églises, les hospices et les monastères. Aucun de ces établissements ne pouvait être fondé sans le consentement préalable de l'évêque (3) et cette prescription cano-

(1) Voy. par exemple Frédégaire, liv. V, § 1.

(2) Voy. Rozière, form. 572 (p. 723) et 576 (p. 737). Nous avons déjà dit que la cour de Rome était beaucoup trop éloignée pour exercer son autorité sur ces monastères.

(3) Concile de Chalcédoine de 451, canon 4, Labbe, IV, 757; concile d'Agde, de 506, canon 27, Labbe, IV, 1387.

nique fut rappelée par le capitulaire d'Aix-la-Chapelle de 789. Nos anciens auteurs étaient d'accord pour admettre qu'indépendamment de l'autorisation de l'évêque, le consentement du roi était également nécessaire à partir du vi<sup>e</sup> siècle pour la fondation d'un établissement religieux (1). Cette opinion nous paraît manifestement erronée. Aucun texte de ces temps ne mentionne cette autorisation royale et ceux qu'on a cités se réfèrent à d'autres questions : ils ont en vue des concessions d'immunités ou des libéralités en terres ou encore des confirmations de donations antérieures (2). Nos vieux juristes ont argumenté d'un capitulaire qui défend d'entrer dans un monastère sans le consentement du roi (3). On sait que cette condition était imposée parce que certaines personnes se vouaient à la vie religieuse dans le but d'échapper aux charges publiques. Mais cette question n'a aucun rapport avec celle qui nous occupe, et de ce qu'un homme libre ne pouvait pas entrer dans un cloître sans l'autorisation du roi, il n'est pas permis de conclure sérieusement que cette autorisation était également nécessaire pour la fondation d'un établissement religieux. C'est beaucoup plus tard seulement que cette condition a paru dans nos lois. De même à cette époque, les établissements religieux avaient pleine capacité pour acquérir sans aucune limite, à titre onéreux ou gratuit, entre-vifs ou à cause de mort; il fallait encore une autorisation de l'évêque, mais il n'était pas question de celle du roi (4). Ce n'était d'ailleurs pas là un régime nouveau; nous avons constaté qu'il était observé sous la période romaine et il n'est

(1) Voy. Rousseau de la Combe, v° *Monastère*. — Fèveret, *Traité de l'abus*, t. I, p. 99. M. Trochon, dans son *Traité du régime légal des communautés religieuses*, p. 42, admet aussi cette doctrine.

(2) Voy. Marculfe, *Form.*, liv. I, form. 3, 4, 15, 16, 17, dans Zeumer, p. 43, 44, 53, 54; form. de Sens, 35, dans Zeumer, 200.

(3) Baluze, I, 874.

(4) Bacquet s'est manifestement trompé lorsqu'il a écrit le contraire dans son *Traité des droits du domaine de la couronne de France*, dans ses œuvres, t. II, p. 866. Laurière reconnait au contraire comme « un fait constant et connu de tout le monde, que sous nos rois de la première et de la seconde race, l'Eglise acquérait librement des fonds. » *Origine des droits d'amortissement*, p. 11.

pas étonnant qu'il ait été respecté pendant la période franque où l'Église vivait sous la loi romaine (1). Certaines lois barbares s'attachent même à constater la liberté d'acquisition des établissements religieux et défendent qu'on y apporte aucune entrave (2). Chilpéric a-t-il restreint ou même supprimé la faculté jusqu'alors reconnue aux églises, d'acquérir par testament? Grégoire de Tours ne s'explique pas très clairement sur ce point. Il nous dit : *Assidue testamenta quæ in ecclesias conscripta erant plerumque disrupit* (3). Il résulte sans doute de ce passage que Chilpéric violait les testaments faits en faveur de l'Église. Mais s'agissait-il là d'une mesure arbitraire ou d'un acte législatif, c'est ce que Grégoire de Tours ne dit pas. Il nous apprend dans le livre suivant que Gontran revint sur les mesures prises par Chilpéric : *Testamenta defunctorum qui ecclesias heredes instituerant et ab Chilperico compressa fuerant restauravit* (4). Certains auteurs ont interprété ces deux passages en ce sens que Chilpéric aurait, par un acte législatif, déclaré les églises incapables d'être instituées héritières et que Gontran les aurait relevées de cette incapacité. Nous pensons qu'il faut entendre le texte tout autrement : Chilpéric avait cassé arbitrairement des testaments qui instituaient des églises et Gontran leur rendit le bénéfice des institutions dont elles avaient été privées par Chilpéric.

Sous les Carolingiens, la capacité de l'Église resta entière. Certains auteurs ont prétendu qu'un capitulaire de Charlemagne, renouvelé par Louis le Débonnaire et par Charles le Chauve (5), avait limité la capacité de l'Église de re-

(1) C'est ce que reconnait, on s'en souvient, la loi des Ripuaires, tit. LVIII, § 1. Cf. Pardessus, *Loi salique*, 2e dissert.

(2) Loi des Alamans, tit. I, cap. 1 ; loi des Bavarois, tit. I, cap. 1 ; loi des Saxons, tit. XV, cap. 2. Voy. aussi Rozière, form. 171 et Anségise, IV, 18, dans Boretius, 438. Aucun de ces textes ne fait allusion à une restriction quelconque. Il faut en dire autant de la constitution de Clotaire Ier de 560, cap. 12, Boretius, 19.

(3) Grégoire de Tours, liv. VI, § 46.

(4) Grégoire de Tours, liv. VII, § 7.

(5) Anségise, IV, 18, Boretius, 438; dans Baluze, I, 778.

cevoir à titre gratuit ou, pour parler plus exactement, l'avait soumise à une condition, le consentement de l'héritier présomptif à la donation ou tout au moins sa présence à l'acte (1). Cette interprétation n'est pas exacte. Déjà le concile de Lyon en 547 et celui de Paris en 615, avaient décidé que les libéralités faites aux églises étaient valables même si les formalités prescrites par les lois civiles n'avaient pas été observées. Cette décision suffit pour prouver que la question soulevait des difficultés en pratique. Mais la solution proposée par les conciles n'était pas satisfaisante. Aussi les difficultés persistèrent; on en a la preuve par la loi des Alamans et par celle des Bavarois qui indiquèrent avec un grand soin les formes à observer pour que les libéralités faites aux églises fussent irrévocables (2). Le système consacré par les conciles de Lyon et de Paris était donc repoussé. Il faut croire cependant que la question continuait à soulever des difficultés et c'est pour y mettre un terme que fut fait le capitulaire de 819. Il détermina les formes à observer pour les libéralités pieuses et décida que si ces formes avaient été observées la donation était parfaitement valable. En conséquence il était interdit à l'héritier d'en demander la nullité. Mais parmi ces conditions de forme on ne voit pas figurer la présence de l'héritier. Ce capitulaire se borne à établir une distinction : si le donataire se trouve dans le comté où sont situés les biens donnés, la libéralité s'accomplit par une tradition conforme à la loi; si le donateur se trouve dans un autre comté, la libéralité se fait en présence de certains témoins (3), mais

(1) Gayet, *Des dons et legs faits aux communautés religieuses*, p. 22. — Bernard, *Étude historique sur le droit de réduction des libéralités faites aux établissements publics*. Voy. aussi de Salverte, dans la *Revue critique*, t. VII, p. 410.

(2) Loi des Alamans, tit. I, cap. 1 et loi des Bavarois, tit. II, cap. 1.

(3) Cap. de 819, cap. 6, Boretius, 282 : *Ut omnis homo liber potestatem habeat, ubicumque voluerit, res suas dare pro salute animæ suæ. Si quis res suas pro salute animæ suæ vel ad aliquem venerabilem locum vel propinquo suo vel cuilibet alteri tradere voluerit, et eo tempore intra ipsum comitatum fuerit in quo res illæ positæ sunt, legitimam traditionem facere studeat. Quodsi eodem tempore quo illas tradere vult extra eumdem comitatum fuerit, id est sive in exercitu sive in palatio sive in alio quolibet loco, adhibeat sibi vel de suis pa-*

il n'est question d'aucune restriction au droit de recevoir. Un autre capitulaire, il est vrai, de l'année 819, établit une certaine incapacité pour les ecclésiastiques : il leur défend de recevoir aux dépens des enfants et autres proches des libéralités qui pourraient avoir le caractère d'une véritable exhérédation. Il veut que les ecclésiastiques soient frappés d'une peine s'ils enfreignent cette prohibition et que les biens retournent aux exhérédés. Mais on remarquera que ce capitulaire ne parle pas des établissements religieux (1).

Les églises et les monastères pouvaient recevoir toutes sortes de biens à titre de libéralité. Certaines formules nous en donnent la preuve par de longues énumérations. Les églises et les monastères acceptaient aussi bien d'immenses domaines que des choses de peu de valeur (2). Ces libéralités étaient faites aux établissements religieux par les rois, les grands, les simples hommes libres (3). La piété était souvent le mobile de ces libéralités; elles avaient lieu entre-vifs ou par testament (4). Les conciles ne se faisaient pas faute de prononcer la peine de l'excommunication contre les héritiers qui n'auraient pas tenu

*gensibus vel de aliis qui eadem lege vivant qua ipse vivit testes idoneos, vel si illos habere non potuerit, tunc de aliis quales ibi meliores inveniri possint; et coram eis rerum suarum traditionem faciat et fidejussores vestituræ donet, qui ei qui illam traditionem accipit vestituram faciat. Et postquam hæc traditio ita facta fuerit, heres illius nullam de prædictis rebus valeat facere repetitionem; insuper et ipse per se fidejussionem faciat ejusdem vestituræ, ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incumbat illam perficiendi.* » Pour soutenir que ce capitulaire enlève à l'Eglise la capacité absolue de recevoir et soumet la validité des donations qui lui sont faites à la condition du consentement ou de la présence de l'héritier, on en détache le membre de phrase qui porte : *et postquam hæc traditio ita facta fuerit*, etc. Mais même ainsi séparé du reste du capitulaire, ce texte ne signifie pas que le consentement ou la présence de l'héritier soit nécessaire à la validité de la donation

(1) Capit. de 819, cap. 7, Boretius, 277.

(2) Marculfe, liv. II, form. 4 et 6, Zeumer, p. 76 et 78.

(3) Marculfe, liv. I, form. 15, Zeumer, p. 53; liv. II, form. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 39, 40.

(4) La loi des Burgondes consacre formellement la validité des dispositions testamentaires, tit. XLIII, § 1.

compte des legs faits aux églises (1). De son côté l'Église employait les moyens les plus divers pour obtenir des libéralités. Ainsi les conciles permettaient aux évêques de léguer les biens du domaine ecclésiastique à la condition de donner en retour à l'Église une quantité au moins égale de leur patrimoine (2). L'Église se fit aussi reconnaitre la qualité d'héritière de certaines personnes. Aux termes d'un capitulaire de 794, les évêques ont la libre dispositions des biens qui leur ont appartenu avant d'entrer dans les ordres, mais ceux qu'ils ont acquis depuis cette époque, à titre gratuit ou onéreux, vont à leur mort à l'Église. L'évêque a donc deux sortes d'héritiers : sa famille naturelle pour les biens acquis avant son ordination, son église pour les autres (3). Cette distinction est d'ailleurs facile à justifier : les biens acquis par un évêque après son entrée dans les ordres, lui viennent en considération de sa dignité ecclésiastique et nullement en vue de sa personne ou de sa famille. Le salut de l'âme était le plus souvent la préoccupation de ceux qui donnaient à l'Église, à titre purement gratuit et sans aucune réserve (4). Mais on lui faisait encore d'autres libéralités dans le même but. Ainsi certaines personnes donnaient à un établissement religieux, mais seulement pour l'époque de leur mort (5). D'ailleurs ces libéralités n'en étaient pas moins irrévocables dès le moment où elles étaient faites et comme elles s'adressaient à des établissements religieux, il était impossible de parler de la survie du donataire au donateur. Aussi certains auteurs ont-ils eu le tort de voir dans ces libéralités des donations à cause de mort. D'autres donnaient aux églises et aux monastères pour s'assurer, comme nous l'avons vu, la

(1) Concile de Vaison de 442, canon 4; Concile d'Orléans de 541, canons 14 et 19; Concile de Reims de 625-630, canon 10, Labbe, III, 1457; V, 384 et 1691.

(2) Voy. à cet égard Löning, *Geschichte des Kirchenrechts*, t. II, p. 674.

(3) Capit. de 794, cap. 41, Boretius, 77.

(4) Voy. Marculfe, liv. II, form. 1, 2, 3, Zeumer, 70.

(5) Pardessus, *Diplomata*, II, 252; form. de Sirmond, n° 35; dans Zeumer, form. de Tours, n° 37, p. 156.

sécurité : ils abandonnaient leurs biens à une église, mais en demandaient en même temps la concession à titre de précaire (*carta precaria*) et cette concession leur était en effet faite par une *carta præstaria*. Nous ne revenons pas sur ces clauses qui nous ont longuement occupé à propos du régime de la propriété. Nous savons que l'Église donnait parfois spontanément tels ou tels de ses biens à titre précaire et ces concessions étaient aussi pour elle une cause de revenus, car elles lui permettaient de tirer un certain profit de terres qui, si elles n'avaient pas été labourées, n'auraient rien produit. Enfin on se souvient des nombreux privilèges d'immunité et autres accordés aux établissements religieux ; ceux-ci étaient alors dispensés d'impôts et en arrivaient même à les percevoir à leur profit sur les terres privilégiées.

Malgré tous ces avantages, il ne faudrait pas croire que les églises et les monastères aient été, pendant notre période, à l'abri de toute atteinte. Plus d'une fois les agents royaux essayèrent de les pressurer et de les soumettre à des redevances qu'elles ne devaient pas. Comment expliquer autrement les dispositions des capitulaires qui condamnent ces procédés (1)? Les princes eux-mêmes se permirent souvent de véritables spoliations. Tous ces actes arbitraires compromirent plus d'une fois les richesses des établissements religieux. De nombreuses dispositions des conciles défendent de toucher aux biens de l'Église (2). S'il fallait rappeler à chaque instant cette prohibition, c'est que malgré les anathèmes et les excommunications, les églises et les abbayes étaient

(1) Tel est, à notre avis, le sens du capitulaire de 807, Boretius, 212, Baluze, I, 466. Il parle de redevances perçues injustement et n'a nullement en vue une exemption d'impôts, comme on l'a dit à tort.

(2) Voy. par exemple concile de Clermont de 535, canon 14, Labbe, IV, 1804; concile de Paris de 557, canons 1 et 2, Labbe, V, 814; concile de Tours de 567, canons 24 et 25. Labbe, V, 863; concile de Compiègne de 833, Labbé, VII, 1686; concile de Thionville de 844, canon 4, Labbe VI, 1803; concile de Meaux et de Beauvais de 845, canon 11, 17, 24, 41, Labbe, VII, 1823, 1826, 1828 1832; concile de Douzi de 874, Labbe, IX, 258; second concile de Troyes, canons 3 et 6, Labbe IX, 310 et 312 ; second concile de Fimes de 935, Labbe, IX, 593.

souvent dévastées. Les capitulaires ont plus d'une fois aussi interdit de mettre la main sur les biens des établissements religieux ou même expressément confirmé les décisions de certains conciles (1). Il leur est arrivé de faire l'aveu de spoliations antérieures avec la promesse de ne pas les renouveler.

On a accusé Clovis d'avoir le premier mis la main sur certains biens de l'Église au profit de quelques grands. Mais le texte du troisième concile de Paris, invoqué à cette occasion, est moins affirmatif, car il se borne à dire qu'au temps de Clovis quelques personnages avaient convoité certains biens de l'Église et les avaient transmis à leurs héritiers (2). Le concile de Clermont tenu en 535 est plus précis : il prie d'une manière pressante le roi Théodebert de ne plus laisser commettre de spoliations (3). Dans le traité d'Andelot de 587 les rois Gontran et Childebert s'engagent à respecter réciproquement les biens des églises et des fidèles des deux royaumes (4). Dans sa constitution générale de 560, Clotaire promet aussi de respecter les libéralités faites aux églises, aux clercs ou à d'autres personnes (5). Mais Frédégaire nous apprend que Dagobert Ier fut moins scrupuleux ; poussé par l'esprit de lucre, il s'empara des biens des leudes et des égli-

(1) Voy. par exemple la constitution de Clotaire, cap. 10, Boretius, 19 ; Baluze, t. I, col. 407, 522, 525, 649, 936, 939, 941, 951, 988, 997, 1000, 1008, 1268 ; t. II, col. 21, 118, 297, 354, 1374 ; Labbe, t. VIII, col. 92.

(2) *Accidit etiam ut temporibus Clodovei regis res ecclesiarum aliqui competissent ipsasque res..... propriis hæredibus reliquissent.*

(3) Dans le *Recueil des historiens des Gaules*, t. IV, p. 58.

(4) En d'autres termes, Gontran promet de respecter les biens que les églises et les fidèles de Childebert II peuvent posséder dans son royaume et réciproquement. « *Similiter quidquid antefati reges ecclesiis aut fidelibus suis contulerunt aut adhuc conferre cum justitia Deo propitiante voluerint, stabiliter conservetur. Et quidquid unicuique fidelium in utriusque regno per legem et justitiam redebetur, nullum ei præjudicium patiatur, sed liceat res debitas possidere atque recipere. Et si aliquid cuicumque per interregnia sine culpa tultum est, audientia habita restauretur. Et de eo quod per munificentiam præcedentium regum unusquisque usque ad transitum gloriosæ memoriæ domini Chlothacharii regis possedit, cum securitate possideat, et quod exinde fidelibus personis ablatum est, de præsenti recipiat.* Boretius, 14, extrait de Grégoire de Tours, liv. IX, chap. 20.

(5) Capit. de 560, cap. 12, Boretius, 19.

ses (1). L'auteur de la vie de Sainte Gertrude, abbesse du monastère de Nivelle, nous dit aussi qu'après sa mort en 558, les biens de ce monastère furent mis au pillage par des rois, par des reines et même par des clercs (2). Mais on aura remarqué que toutes ces spoliations s'accomplissaient aussi bien aux dépens des grands laïques que des monastères; en outre c'étaient des faits isolés et relativement assez rares.

Au VIIIe siècle Charles Martel procéda tout autrement. Pour subvenir aux frais de la guerre et récompenser ses hommes d'armes, il pratiqua d'immenses confiscations sur les biens des églises et des monastères; il conféra ensuite ces biens à ses guerriers à titre de bénéfices tenus de lui (3). C'est en vain que les évêques protestèrent; on ne tint aucun compte de leurs réclamations. Ils furent plus heureux avec Pépin. Ce prince convoqua un synode à Leptine; on y discuta la question de savoir comment pourraient se faire les restitutions. Nous connaissons le résultat des délibérations par un capitulaire de 743 qui l'a consacré législativement (4). Il est reconnu qu'on ne peut pas rendre purement et simplement les biens aux églises, à cause de la guerre qui menace de toutes parts. Les hommes d'armes conserveront donc les terres qu'ils possèdent; mais au lieu de les tenir du prince, ils les auront à titre de précaire des églises ou monastères auxquels elles appartenaient précédemment. Ces églises ou monastères auront droit en conséquence à une redevance fixée à un *solidus*, c'est-à-dire à douze deniers pour chaque métairie. Le capitulaire ajoute que si le bénéficiaire vient à mourir, les biens ainsi tenus à titre de précaire retourneront à l'établissement religieux. Mais si la nécessité des temps l'exige ou si le prince l'ordonne, il sera passé un nouveau contrat de précaire. Enfin, dans aucun cas, ces précaires ne doivent avoir pour résultat de réduire l'église à l'indi-

(1) Chronique, liv. V, § 60.
(2) *Vita Gertrudis*, cap. 6, dans Mabillon, *Acta sanctorum*, II, 446.
(3) Voy. pour les détails Roth, *Beneficialwesen*, liv. IV, chap. 1.
(4) Boretius, p. 28.

gence; autrement elle aurait le droit de reprendre purement et simplement ses biens.

Tel fut le résultat du concile de Leptine. Il fut avantageux aux églises et aux monastères en ce qu'il leur reconnut la propriété de leurs biens et le droit à un cens. Mais on aura remarqué que le roi se réservait le droit de faire de nouvelles concessions à ses hommes d'armes si la nécessité du temps l'exigeait. Les dispositions du capitulaire de 743 ont-elles été rigoureusement observées? Il est permis d'en douter. Dans la suite, en effet, d'autres capitulaires rappelèrent aux concessionnaires de biens ecclésiastiques, à titre de *precariæ verbo regis*, qu'ils devaient payer leurs redevances et entretenir les bâtiments de l'évêché ou du monastère s'ils ne voulaient pas perdre les biens qu'ils avaient reçus (1). Sous le faible Charles le Chauve, les biens des établissements religieux furent soumis à de nouvelles épreuves. Le roi les laissa spolier par les grands et se permit même d'en concéder à ses favoris. Cependant en 867, le capitulaire de Compiègne prescrivit aux *missi dominici* de rechercher avec les évêques quelles étaient les terres qui devaient un cens ecclésiastique et d'en assurer le paiement exact (2).

On peut donc résumer en deux mots la situation des établissements religieux sous le rapport de l'acquisition des biens : les églises et les monastères avaient le droit, pendant la période franque, d'acquérir sans aucune restriction; ils avaient la pleine capacité. Mais en fait ils ne jouissaient d'aucune sécurité dans la possession de leurs biens, et ils subirent à plusieurs reprises, surtout à partir de Charles Martel, des confiscations qui compromirent une partie du patrimoine ecclésiastique.

Quant à l'administration des biens restés entre les mains des établissements religieux, elle appartenait à l'abbé du

(1) Capit. de Metz, de 756, cap. 4, dans Walter, t. II, p. 46. — Capit. de 779, cap. 13, dans Walter, II, p. 59. — Capit. de 794, cap. 23 et 26, Boretius, 76. — Capit. de 803, cap. 1, dans Walter, II, p. 171. — Capit. de 829, cap. 5, dans Walter, II, p. 380.

(2) Capit. de Charles le Chauve de 867, tit. XXXVIII, dans Walter, III, 163.

monastère ou à l'évêque du diocèse. En d'autres termes, tous les biens ecclésiastiques autres que ceux des couvents relevaient de l'évêque. Celui-ci avait le droit d'en céder la jouissance partielle à telle ou telle église de son ressort; mais cette jouissance dépendait absolument de sa volonté. C'était encore une véritable concession précaire. Tous les biens des églises étaient soumis à un régime spécial. On les considérait, d'après le concile d'Orléans de 538, comme des *res divini juris* et, à ce titre, on leur appliquait les principes du droit romain relatifs à cette sorte de biens. Ainsi le patrimoine ecclésiastique était inaliénable, sauf cependant pour causes pies et aussi pour le rachat des captifs; il était également imprescriptible. Toutefois, on l'aura remarqué, cette prohibition ne concernait que les aliénations absolues; elle n'interdisait pas les concessions temporaires à titre de précaire au profit de clercs ou de laïques.

Les capitulaires recommandaient à l'évêque de veiller à ce que chaque paroisse fut suffisamment pourvue de ce qui était nécessaire pour le service divin (1). Ils s'attachèrent à ce que toute église eût des biens et formât un véritable *mansus* libre de toute redevance envers le fisc. Mais chaque église était tenue de certaines charges envers l'évêché. Ainsi elle devait payer annuellement un tribut en argent ou en nature appelé *cathedraticum;* lorsqu'elle recevait la visite d'un supérieur, elle était tenue de l'héberger et de subvenir à certaines de ses dépenses. Mais les capitulaires veillaient aussi à ce que les églises ne fussent pas dans l'indigence (2). Nous avons vu que, dans ces circonstances, l'Église avait le droit de reprendre les précaires qu'elle avait concédés *sub verbo regis* en conformité du concile de Leptine. De même chacun avait le droit de fonder une église sur ses terres avec le seul consentement de l'évêque, mais on avait soin de veiller à ce qu'en pareil cas les droits des anciennes églises, et notamment

(1) Voy. par exemple capit. de 803, cap. 1, Boretius, 119.

(2) Sur l'entretien des églises, voy. le capit. de 846, cap. 63, Pertz, *Leges*, I, 392.

les dîmes, ne fussent pas atteints (1). En réalité, le patrimoine des établissements religieux, fortement entamé par les spoliations, tendait à se reconstituer avec une extrême rapidité, en vertu des causes les plus diverses, mais le plus souvent par l'effet des libéralités entre-vifs ou testamentaires, et aussi par la levée des dîmes ou autres redevances. Nous avons vu combien étaient fréquentes ces libéralités. Il était rare qu'un testament ne contînt pas une clause en faveur d'une église ou d'un couvent. Mais il faut nous arrêter un instant à la dîme qui a joué un grand rôle dans notre ancien doit.

D'après le Lévitique, la dixième partie des fruits de la terre devait être consacrée à Dieu et à ses lévites qui ne pouvaient posséder autre chose. Pendant les premiers siècles du christianisme, les Pères de l'Église, Saint Augustin, Saint Jérôme notamment, engageaient les fidèles à observer cet usage, tout en reconnaissant qu'il n'était pas obligatoire (2). Ce don gratuit avait été à l'origine d'autant plus utile, que l'Église naissante ou persécutée manquait de tout. Dans la suite, les lois de l'Église considérèrent la dîme comme une véritable obligation imposée aux laïques et ce grave changement s'explique d'autant moins, que l'Église était devenue, comme on l'a déjà vu, pleinement capable d'acquérir et qu'elle posséda de bonne heure d'importantes richesses. Il faut croire que l'ardeur des fidèles à payer la dîme s'était singulièrement refroidie, malgré les avertissements incessants des évêques (3). En 585, le second concile de Màcon prononça la peine de l'excommunication contre ceux qui n'acquitteraient pas la dîme. Cette redevance devenait donc obligatoire et entrait avec ce ca-

(1) Capit. de 803, cap. 3, Boretius, 119.

(2) Voy. à cet égard Löning, *op. cit.*, tit. II, p. 676. Voy. aussi *Constitutions des Apôtres*, II, 25, 35; VII, 9; VIII, 30. — *Cyprianus de unitate Ecclesiæ*, cap. 65.

(3) En 567, peu de temps après le concile de Tours, l'évêque Euphronius et trois autres évêques écrivirent une lettre dans laquelle ils annonçaient que le jugement de Dieu était proche et indiquaient aux fidèles le paiement de la dîme comme moyen d'obtenir la rémission de leurs péchés.

ractère dans le droit canonique. Il ne paraît pas cependant que cette disposition ait été rigoureusement observée. Toutefois il semble bien résulter des textes du temps que l'usage de payer la dîme se généralisa. Mais en même temps que ces textes relèvent à titre de curiosité le paiement de la dîme dans certaines circonstances, surtout par de hauts personnages, n'établissent-ils pas que la règle du concile de Mâcon était tombée dans l'oubli? Si elle avait été religieusement observée, on n'aurait pas considéré comme un mérite extraordinaire le fait de certains personnages d'avoir payé des dîmes (1). C'est seulement à la fin du VII^e^ et au commencement du IX^e^ siècle que les capitulaires imposèrent aux fidèles l'obligation de payer la dîme. Cette redevance était devenue une obligation canonique d'après le concile de Mâcon; les capitulaires lui donnaient maintenant le caractère d'une dette civile qu'elle conserva jusqu'à la Révolution. Ce capitulaire de 779 portait : *De decimis ut unusquisque suam decimam donet atque per jussionem pontificis dispensentur* (2). L'empereur se soumit le premier à cette disposition nouvelle et dans le capitulaire *De villis* de l'an 800, il prescrivit à ses *judices* de payer la dîme aux églises qui se trouvaient sur les terres du fisc, mais non aux autres, à moins d'un usage contraire et immémorial (3). Il serait difficile de dire si les sujets observaient la loi aussi rigoureusement que le prince. Ce qui est certain, c'est que plusieurs capitulaires rappellent cette obligation. Elle est mentionnée dans le capitulaire de Francfort dès l'année 794 (4). Un capitulaire de 813 de Louis le

(1) Ainsi on rapporte que la reine Radegonde, femme de Clotaire I, donnait à l'Eglise la dixième partie de tous les biens qu'elle recueillait. Cpr. Mabillon, *Acta sanctorum*, I, 320. De même au VII^e^ siècle, le roi Sigebert II prit l'engagement d'offrir chaque année à l'église de Spire le dixième des fruits des terres du domaine royal situé dans le diocèse de cette ville. Pertz, *Diplomata*, p. 24. Cpr. Grégoire de Tours, liv. VI, § 6.

(2) Capit. de 779, cap. 7, Boretius, 48. — Cpr. *Leges langobardicæ Caroli magni*, cap. 7, 60 et 95, dans Walter, III, 584, 593, 598.

(3) Capit. *De villis*, cap. 6, Boretius, 83.

(4) Cap. 25, Boretius, 76.

Débonnaire et un autre capitulaire lombard du même prince prescrivent des dispositions très minutieuses pour le paiement de la dîme : il se fera en présence de deux témoins : ceux qui ne l'acquitteront pas seront, après trois avertissements, privés du droit d'entrer à l'Église ; si cette peine ne suffit pas, les agents royaux saisiront leurs biens et ils encourront une amende de six solides envers l'Église (1).

La dîme était en principe divisée en quatre parts égales, l'une à l'évêque, l'autre aux clercs, la troisième aux pauvres, la quatrième à l'église même (2). Elle se payait ordinairement en nature. Dans une société encore peu avancée où la richesse mobilière et la monnaie sont rares, les impôts ne sauraient s'acquitter autrement, surtout s'ils sont lourds. Toutefois une difficulté s'éleva sur le point de savoir quels étaient les biens qui devaient la dîme. On prétendit qu'elle était attachée au produit du sol. Mais le concile de Troli, tenu dans le Soissonnais en 909, trancha la question dans un sens tout différent : il décida que la dîme était due par tous les produits quelconques du travail, dans les villes sur le commerce ou l'industrie, aussi bien que dans les campagnes sur la terre et sur le produit du bétail (3).

## § 58. — LA JUSTICE ECCLÉSIASTIQUE.

L'église séculière jouissait aussi d'importants privilèges de juridiction dont profitaient même parfois les laïques. Pour

(1) Capit. de 813, cap. 7 et 19, Walter, II, 257. Cpr. Boretius, 174. — *Leges Langobordicæ Ludovici pii*, cap. 34, Walter, III, 632.

(2) *Leges langobardicæ Caroli Magni*, cap. 7, 60, 95, Walter, III, 584, 593, 598.

(3) On lit notamment dans ce concile : « *Scilicet non tantum omnes omnium quæ nascuntur in terra decimas, sed etiam universas frugum quas gignit humus premitias, necnon et decimas boum... : manum quoque vestrarum decimas, ac premitias, insuper et vota, atque munera, quæ omnia vobis offerre præcipit ad locum templi sui, ut cedant in usus sacerdotum pro ministerio quo serviunt in tabernaculo domini.* » De même on lit encore : « *Fortassis vero dicet aliquis : non sum agricola, non habeo unde possim dare decimas fructuum terrarum vel etiam armentorum. Audiat quicumque est ille, miles sit, negotiator sit, artifex sit : Ingenium quo pasceris, Dei est, et ideo inde ei dare debes decimas.* Voy. Labbe, t. IX, col. 538 et 539. Nous ne parlons pas pour le moment des dîmes inféodées. Il en sera question dans la partie suivante.

bien comprendre ce sujet et éviter toute chance de confusion, il importe de distinguer entre la compétence *ratione personæ* et la compétence *ratione materiæ*. Entre laïques, la compétence de l'évêque demeurait en principe purement facultative. Si l'on s'adressait à lui, c'était au moyen d'une sorte d'arbitrage volontaire. Sans doute une constitution de Constantin avait déclaré l'arbitrage de l'évêque forcé dès qu'une partie le proposait, mais cette constitution n'était plus en vigueur. Nous avons montré dans la précédente partie comment elle avait disparu; nous avons vu que son texte n'avait pas passé dans le Bréviaire d'Alaric.

Le procès s'élevait-il entre clercs relativement à des intérêts temporels, le différend devait être soumis à l'évêque. Telle était du moins la prescription de certains conciles et ceux qui l'auraient enfreinte, auraient encouru des peines ecclésiastiques (1). Mais d'ailleurs les jugements qu'ils auraient pu obtenir de la juridiction laïque auraient été parfaitement valables. Lorsque le clerc était demandeur contre un laïque, il était tenu d'actionner celui-ci devant le tribunal séculier; mais il devait au préalable, d'après le concile d'Agde de 506 (canon 32), se faire autoriser à commencer le procès, sous peine d'excommunication. Le laïque était-il demandeur, il avait le droit d'appeler le clerc devant un tribunal laïque, mais le clerc ne devait pas s'y présenter sans avoir au préalable obtenu la permission de son évêque. Telle est du moins la décision contenue dans une lettre synodale des évêques de la province de Tours en 453 (2). Le troisième concile d'Orléans de 538 (canon 32) posa une règle plus générale. Il voulut que

(1) Le troisième concile de Carthage punit de la déposition le clerc qui a envoyé une cause criminelle devant un tribunal laïque, même s'il l'a gagnée; en matière civile, il peut éviter cette peine à la condition de renoncer au profit du jugement. D'après le concile de Chalcédoine de 451 (canon 9), les clercs doivent soumettre leurs différends à leur évêque ou à des prêtres de leur choix. Voy. Beauchet, *Origines de la juridiction ecclésiastique et son développement en France*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1883, t. VII, p. 412.

(2) Les règles précédentes ont été reproduites par le concile d'Epidaure de 517 (canon 41), et par le troisième concile d'Orléans de 538 (canon 32).

les laïques eux-mêmes fussent obligés de demander une autorisation à l'évêque pour traduire les clercs devant les tribunaux séculiers. D'ailleurs cette règle n'avait d'autre sanction que des peines ecclésiastiques. Le pouvoir laïque n'était pas en effet encore intervenu dans ces questions. C'est seulement en 614 que le roi Clotaire II, à la demande du concile de Paris, rendit une constitution relative à la compétence des juges laïques vis-à-vis des clercs. Mais le texte de cette constitution est si obscur, qu'il a donné lieu aux interprétations les plus diverses. La constitution de Clotaire II embrasse à la fois des procès civils et des procès criminels. Il ne faut pas oublier que, pour le moment, nous nous occupons seulement des premiers. Toutefois nous donnons dès maintenant le texte complet des dispositions relatives à cette compétence. Il est ainsi conçu :

Cap. 4. *Ut nullum judicum de qualebit ordine clercus de civilibus causis, præter criminale negucia, per se distringere aut damnare præsumat, nisi convicitur manefestus, excepto presbytero aut diacono. Qui convicti fuerint de crimine capitali, juxta canones distringantur et cum ponteficibus examinentur.*

Cap. 5. *Quod si causa inter personam publicam et hominibus ecclesiæ steterit, pariter ab utraque partem præpositi ecclesiarum et judex publicus in audientia publica positi eos debeant judicare* (1).

A notre avis, le chapitre 4 signifie : Aucun juge laïque n'aura le droit d'arrêter et de condamner aucun clerc d'un ordre quelconque, ni en matière civile, ni en matière criminelle, à moins dans ce dernier cas que le crime ne soit manifeste, et encore cette exception ne s'appliquera-t-elle pas aux prêtres ni aux diacres. Les clercs accusés de crimes capitaux seront arrêtés conformément aux canons et jugés par les évêques (2).

(1) Boretius, p. 21.

(2) Les auteurs donnent en général à ce texte un sens bien différent. Voy. entre autres : Dove, *De juridictionis ecclesiasticæ apud Germanos Gallosque processu ;* Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, t. II, p. 507 ; Sohm, *Die geistlische Gerichtsbarkeit im fränkischen Reich*, dans la *Zeitschrift für Kir-*

Dans tout procès civil entre clercs, la justice laïque est donc devenue incompétente; c'est l'évêque qui est le véritable juge. Ce dernier point n'est pas directement écrit dans l'édit de Clotaire; mais il résulte nécessairement d'un *a contrario :* si le juge laïque est incompétent, il faut bien que le juge d'Église devienne compétent. En outre lorsque le procès s'élève entre un clerc et un laïque, on forme, comme le dit le chapitre 5, un tribunal mixte, composé de clercs et de laïques; n'est-il, pas permis de conclure de là que si le procès s'élève entre clercs, l'élément laïque disparaît et que le juge laïque reste seul compétent? On a cependant essayé de soutenir que même depuis l'édit de Clotaire, l'évêque était resté entre clercs, pour les procès d'ailleurs séculiers, un simple arbitre volontaire et qu'en droit ces contestations étaient de la compétence du comte comme par le passé. Mais les textes invoqués à l'appui de cette opinion ont été, à notre avis, mal interprétés et peuvent très bien se concilier avec la constitution de Clotaire. Ils parlent en effet de procès entre clercs portés devant le tribunal ordinaire, mais le tribunal séculier qu'ils ont en vue, c'est celui du roi et non celui du comte (1).

Entre clercs, le juge compétent était donc en matière civile l'évêque. Si la contestation s'était élevée entre deux évêques, elle aurait été portée devant le métropolitain ou devant un synode composé des évêques de la province (2). Enfin dans le cas d'un procès entre un clerc et un laïque, la solution appartenait, d'après la constitution de Clotaire, à un tribunal mixte. Le texte nous dit qu'il était composé en partie de clercs, en partie de laïques, mais sous la présidence du *judex publicus*, c'est-à-dire du comte, et on jugeait *in audientia publica;* en d'autres termes, c'était le tribunal ordinaire du

*chenrecht*, t. IX, p. 183; Beauchet, *Histoire de l'organisation judiciaire en France*, p. 91; Pfister, dans la *Revue historique* de Monod, t. XXXV, p. 143.

(1) Voy. Pardessus, *Diplomata*, n[os] 332, 334, 429, 456, 603, 604. Quant au diplôme de Clovis III de 692, rapporté par Pardessus, *Diplomata*, II, 424, il présente bien l'évêque comme juge et non comme conciliateur; il parle en effet du *placitum ante episcopum*.

(2) Grégoire de Tours, liv. VI, § 38. — Concile de Paris de 614, canon 11 dans Sirmond, I, p. 473.

*pagus*, présidé par le comte, qui connaissait de l'affaire, mais aux rachimbourgs laïques se joignaient des clercs (1). La constitution de Clotaire ne parle pas de la présence de l'évêque; elle n'était donc pas obligatoire, bien qu'elle soit attestée par certains textes (2). On remarquera enfin que ce texte n'établit aucune distinction envers les affaires civiles et les affaires criminelles.

C'était aussi un tribunal mixte qui jugeait les causes des affranchis. Le concile de Paris avait demandé que la justice d'Église fut seule compétente dans ce cas (3). Mais l'édit de Clotaire permit seulement que l'évêque ou son représentant vint se joindre au comte (4). Peut-être même cette décision de Clotaire concerne-t-elle seulement les affranchis *per chartam*. Dans tous les cas il est certain que l'édit de Clotaire ne parle pas des veuves et des orphelins que le concile de Mâcon réclamait pourtant pour la juridiction ecclésiastique (5).

Ceux qui ont nié la compétence des tribunaux d'Église pour les affaires civiles entre clercs, ont reproduit le même système en matière criminelle, mais avec des variantes. Les uns veulent que le clerc soit jugé et condamné par le tribunal séculier, qui renvoie à l'Église pour l'application des peines canoniques; d'autres admettent que le juge séculier instruit l'affaire, mais ils attribuent ensuite le jugement au

(1) Les arguments tirés en sens contraire de la formule 27 du liv. Ier de Marculfe (Zeumer, p. 59), par Sohm, ont été, à notre avis, victorieusement réfutés par Beauchet, *op. cit.*, p. 99 et suiv.

(2) Elle est même attestée par des textes antérieurs à la constitution de Clotaire et elle s'explique alors par l'usage de prendre des clercs comme rachimbourgs, malgré les défenses adressées par les canons aux clercs de se mêler aux affaires séculières. On explique de la même manière la présence de certains évêques, même dans des procès entre laïques. Voy. par exemple Grégoire de Tours, liv. V, § 43; liv. VII, § 47; liv. VIII, § 39.—Rozière, form. 407 et 477.—Quant à la prohibition faite aux clercs de se mêler des affaires laïques, voy. le second concile de Mâcon de 585, canon 19, dans Mansi, *Sacrorum conciliorum collectio*, IX, 957.

(3) Voy. Sirmond, I, 470.

(4) Capit de 614 cap. 7 : « *Libertus cujuscumque ingenuorum a sacerdotibus, juxta textus cartarum ingenuitatis suæ contentit, defensandus, nec absque præsentia episcopi aut præpositi ecclesiæ esse iudicandus vel ad publicum revocandus.* » Boretius, p. 22.

(5) Mansi, IX, 954.

tribunal d'Église. A notre avis, l'édit de Clotaire ne crée pas la compétence des tribunaux d'Église en matière criminelle; il la reconnait au contraire comme préexistante. Ne dit-il pas en effet qu'à l'avenir on enlèvera aux juges laïques, outre les affaires criminelles, les affaires civiles? C'est qu'en effet déjà avant l'édit de 614, certains tribunaux ecclésiastiques fonctionnaient très régulièrement en matière criminelle : les évêques accusés de crimes étaient déférés à des synodes ou à des conciles; parfois, mais plus rarement, ils étaient jugés au tribunal du roi (1); peut-être même étaient-ce là, à notre avis du moins, des actes arbitraires. On parait avoir admis de tout temps que l'action criminelle contre un évêque était réservée au roi et qu'un concile seul était compétent en pareil cas. Grégoire de Tours nous en donne plusieurs exemples (2); il fut lui-même accusé et traduit devant un concile d'évêques et son procès nous apprend même que dans ces circonstances le concile était compétent pour juger les laïques impliqués à l'affaire (3). Dans les synodes composés d'évêques, le roi n'intervenait qu'à titre d'accusateur. Parfois cependant des grands laïques prenaient part au jugement de l'affaire, mais seulement après que les clercs avaient statué et au point de vue des intérêts civils (4). Toutefois il semble qu'avant l'édit de Clotaire, le privilège de la juridiction ecclésiastique était réservé, en matière criminelle, aux évêques. On a en effet de nombreux exemples de clercs jugés par les tribunaux laïques et suivant la procédure ordinaire (5). L'édit de 614 décide qu'à l'avenir les clercs ne seront plus arrêtés ni jugés par le comte, sauf exception en cas de flagrant délit. Mais cette exception ne s'appliquait pas aux prêtres ni aux diacres; en d'autres termes, ceux-ci, même

(1) Voy. Mabillon, *Acta sanctorum*, I, 669. — Grégoire de Tours, V, 19, 21, 50.

(2) Liv. V, § 19; liv. X, § 19.

(3) C'est ainsi que le concile devant lequel comparut Grégoire de Tours excommunia le comte Leudaste. Grégoire de Tours, liv. V, § 50.

(4) *Diplomata*, II, n° 388.

(5) Grégoire de Tours, liv. IV, § 44; liv. V, § 29 et 50; liv. VII, § 30; liv. VIII, § 11 et 29.

en cas de flagrant délit, devaient être arrêtés ou jugés par l'évêque; lui seul en effet pouvait être compétent du moment qu'on retirait toute autorité au comte (1).

Les clercs étaient jugés par les tribunaux ecclésiastiques suivant les canons de l'Église, comme le porte la constitution de Clotaire. Le juge laïque n'avait plus le droit d'intervenir ensuite, si ce n'est pour veiller à l'application des conséquences civiles que la condamnation du tribunal d'Église pouvait entraîner. Ainsi l'excommunication emportait peut-être mise hors la loi et permettait, d'après des auteurs, d'exiler le condamné et de confisquer ses biens (2).

On remarquera toutefois que la constitution de Clotaire II n'apportait en matière criminelle d'importantes restrictions au droit d'arrestation et au droit de jugement, qu'aux dépens des juges ordinaires, c'est-à-dire des comtes. Le roi ne parlait pas du pouvoir qui lui était propre. Il pouvait donc poursuivre par lui-même ou par son délégué spécial tous les clercs, même les évêques. Toutefois nous avons vu que ceux-ci ne pouvaient pas être jugés par la cour du roi. Mais après la condamnation d'un évêque par le synode, le roi s'attribuait le droit de lui infliger des peines séculières (3).

Que sont devenus tous ces principes sous la période caro-

(1) Voy. une interprétation tout à fait différente proposée par Pfister dans la *Revue historique* de Monod, t. XXXV, p. 143. Suivant certains auteurs, en cas de flagrant délit, le comte avait bien le droit de *districtio*, mais il ne pouvait pas juger. A notre avis, au contraire, il pouvait arrêter, instruire et juger tous les clercs autres que les prêtres et les diacres. Cette interprétation est bien plus conforme au texte même de l'édit de 614.

(2) Grégoire de Tours, liv. X, § 19. — Pardessus, *Diplomata*, II, 388. Le Capitulaire de 596, cap. 2 (Boretius, p. 15), reconnait formellement des effets civils à l'excommunication, mais seulement dans un cas particulier, celui d'inceste. Ses dispositions sont-elles générales ou propres à ce cas, la question est délicate. Elles sont au nombre de deux : l'une prononce la mise hors la loi, l'autre attribue les biens de l'excommunié à ses parents légitimes. Nous reviendrons bientôt sur cette question en nous occupant des peines reconnues par l'Église.

(3) Grégoire de Tours, liv. VI, § 11 et 22; liv. VIII, § 7, 12 et 43; liv. X, § 19. On a parfois cité quelques-uns de ces textes pour prouver que la constitution de 614 n'avait pas retiré aux magistrats royaux d'une manière générale le droit d'arrestation des clercs. Mais on a eu le tort de ne pas voir que ces textes prévoient tous des ordres émanés directement du roi ou de son *missus*.

lingienne? Les réponses les plus divergentes ont été proposées par les savants. Les uns veulent qu'à cette époque la plus grande confusion ait régné sur ces questions et ils accusent les capitulaires d'être souvent en contradiction les uns avec les autres (1). Suivant une opinion différente, les tribunaux ecclésiastiques ne seraient pas encore reconnus d'une manière générale comme juridiction compétente pour juger les procès entre clercs. Ce serait encore et toujours de simples conciliateurs, mais non des juges, comme sous la période mérovingienne. D'autres enfin admettent que la juridiction d'Église fonctionnait régulièrement sous les Carolingiens, mais les partisans de cette dernière doctrine sont loin de s'entendre sur les détails de cette question.

Nous avons établi ailleurs que la juridiction ecclésiastique était reconnue en Angleterre à cette époque (2). Nous pensons qu'il en était de même dans l'Empire franc. Toutefois quelles étaient les règles de compétence de cette juridiction, c'est là un point qui n'était pas établi avec précision. Ainsi s'expliquent les décisions des capitulaires. Elles prouvent en même temps que la constitution de 614 n'avait pas été rigoureusement observée. Aussi a-t-elle été renouvelée, comme nous venons de le voir. En réalité les capitulaires se bornent à reproduire successivement les principes posés sous la période mérovingienne, mais il est permis d'ajouter que leur exécution a été probablement mieux assurée. Ainsi on retrouve dans plusieurs capitulaires la prohibition adressée aux clercs séculiers ou réguliers, de se présenter devant les tribunaux laïques, à moins qu'ils n'en aient reçu l'ordre de l'évêque ou de l'abbé; l'un d'eux, celui de 755, rappelle même les prohibi-

(1) Ainsi d'après M. Pfister, le capitulaire de 769 veut qu'aucun juge n'arrête et ne condamne un clerc sans le faire savoir à l'évêque; donc, dit-on, le comte peut arrêter et condamner. Capit. de 769, cap. 17, Boretius, 46. Au contraire le capitulaire de 789 (ou 774) dit que tous les délits des clercs seront jugés par des clercs et non par des laïques, cap. 39, Pertz, *Leges*, I, 74; Boretius, 77. Cette contradiction prouve, dit-on, que la question de compétence n'est pas encore définitivement réglée. Voy. *Revue historique* de Monod, t. XXXV, p. 144.

(2) Voy. *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, p. 335.

tions du concile de Carthage, d'autres sont plus généraux et défendent en termes absolus aux clercs de prendre part à un titre quelconque aux plaids séculiers (1). Enfin il en est qui attribuent directement compétence aux tribunaux ecclésiastiques pour les contestations civiles entre clercs (2). C'est l'évêque qui est compétent pour juger ces contestations entre deux clercs. Quant aux procès entre évêques ou abbés, le capitulaire de 812 veut qu'ils soient portées devant l'empereur, comme ceux de tous les grands (3), et il défend même au comte du palais de s'occuper de ces affaires (4). La contestation s'élève-t-elle entre un clerc et un évêque, l'affaire doit être soumise, d'après un capitulaire de Benoit Lévite, au synode de la province. S'agit-il d'un procès d'un clerc ou d'un évêque avec le métropolitain, le juge compétent est le primat ou même le pape (5).

Nous avons supposé jusqu'à présent la contestation élevée entre deux clercs. Si le procès est né entre un membre du clergé et un laïque, il doit être déféré à un tribunal mixte présidé en commun par l'évêque et par le comte; cette décision du capitulaire de Francfort de 794 reproduit, on le voit, à peu près le système de l'époque mérovingienne (6). Lorsque

(1) Capit. de 755, cap 20, Boretius, 36; Capit. de 789, cap. 73, Boretius, 60; Capit. de 789, cap. 80, Boretius, 64; Capit. de 794, cap. 11, Boretius, 75; Capit. de 780-800, Boretius, 79; Capit. de 802, cap. 16, Boretius, 107.

(2) Capit. de 789, cap. 28, Boretius, 56 : *Ut si clerici inter se de negotium aliquod habuerint, a suo episcopo dijudicentur, non a secularibus*. — Capit. de 794, cap. 30, Boretius, 77 : « *De clericis ad invicem alteroantibus aut contra episcopum suum agentibus, sicut canones docent ita omnimodis peragant.* » Sohm essaie d'écarter l'autorité de ces deux textes en disant qu'ils ne sont pas de véritables capitulaires, mais des canons de conciles. Il suffit pour repousser cette observation de se reporter à la préface du capitulaire de 789 où le roi Charles s'attribue formellement les dispositions qui suivent.

(3) Capit. de 812, cap. 2, Boretius, 176.

(4) Quelques textes semblent donner compétence à un synode d'évêques, mais on remarquera qu'il s'agit d'affaires criminelles. Voy. Ansegise, liv. VII, cap. 381 et 403. Pour le cas de contestation entre un évêque et son métropolitain, le capitulaire 448 du liv. VII d'Ansegise, dit que le différend doit être porté au souverain pontife. Beaucoup d'auteurs pensent d'ailleurs que toutes ces décisions sont apocryphes.

(5) Liv. VII, cap. 321, Baluze, I, 1095. On sait qu'un grand nombre de capitulaires de Benoit Lévite sont suspects.

(6) Capit. de 794, cap. 30, Boretius, 77.

le laïque plaide contre un évêque, la contestation est, d'après l'édit de Pistes qui ne parait pas consacrer sur ce point une innovation, de la compétence du tribunal du roi (1).

Nous avons supposé jusqu'à présent que la contestation était civile. En matière criminelle, les capitulaires carolingiens reproduisent aussi le système de l'époque précédente, en particulier les règles de l'édit de Clotaire, mais avec quelques modifications cependant. Ainsi un capitulaire de 769 défend aux magistrats laïques d'arrêter et de juger les clercs, à moins que l'évêque n'en ait donné l'autorisation ; le comte peut donc juger un clerc avec la permission de l'évêque, ce que ne disait pas l'édit de Clotaire (2). Toutefois le capitulaire de 789 ne reproduit pas cette dernière disposition et il dit au contraire en termes absolus que les clercs seront jugés par les clercs (3). Mais les capitulaires de 769 et de 789 ne s'expliquent pas sur le cas spécial de flagrant délit. Leur silence a certainement donné lieu à des controverses et une disposition du capitulaire de 794 est intervenue pour y mettre un terme (4). Fallait-il permettre en pareil cas au comte d'arrêter et de juger le coupable? Devait-on établir des distinctions suivant la constitution de 614? Ou bien enfin fallait-il déclarer la juridiction d'Eglise seule compétente dans ce cas comme dans les autres? C'est cette dernière solution, la plus favorable aux clercs, qui a été acceptée par le capitulaire de 794 (5).

Les capitulaires sont moins précis sur le droit d'arrestation

(1) Édit de Pistes, cap. 7, Pertz, *Leges*, I, 510.

(2) Capit. de 769, cap. 17, Boretius, 46 : « *Ut nullus judex neque presbyterum neque diaconum aut clericum aut juniorem ecclesiae extra conscientiam pontificis per se distingat aut condemnare præsumat.* »

(3) Capit. de 789, cap. 38, Boretius, 56 : « *Ut clerici et ecclesiastica ordines, si culpam incurrerint, ut apud ecclesiasticos judicentur, non apud seculares.* » Cpr. Capit. de 813, cap. 9, Boretius, 183.

(4) Capit. de 794, cap. 39, Boretius, 77 : « *Si presbyter in criminale opere fuerit deprehensus, ad episcopum suum ducatur et secundum canonicam institutionem constringatur. Ut si forte negare voluerit, et accusator comprobationem dare non potuerit, et coram episcopo definitum esse nequiverit, tunc ad universali concilio illorum ratio deferatur.* »

(5) On aura remarqué qu'avec cette explication très simple, il n'existe, quoi qu'en disent certains auteurs, aucune contradiction entre les capitulaires.

des clercs. Il semble bien cependant qu'il ait été reconnu au pouvoir civil. Des textes le consacrent au profit du pouvoir séculier vis-à-vis de l'évêque (1). En cas de flagrant délit, le capitulaire de 794 veut que le clerc soit conduit devant son évêque: on peut donc l'arrêter pour l'y mener. Enfin un diplôme de Charles le Chauve de 841 accorde un privilège aux chanoines de l'église de Nevers en décidant que la *districtio* ne pourra être observée sur eux que par l'évêque; il semble dès lors que, de droit commun, ce pouvoir appartenait aux magistrats séculiers (2).

Nous nous sommes occupé jusqu'à présent de la compétence *ratione personæ;* passons maintenant à la compétence *ratione materiæ*, aux affaires ecclésiastiques par leur nature même et indépendamment de la qualité des parties. De tout temps on a reconnu juridiction à l'Eglise pour les affaires de discipline ecclésiastique, sous les Mérovingiens comme sous les Carolingiens; ainsi elle peut juger les infractions à la loi de l'Eglise commises par des laïques ou par des clercs (3). Si le clerc ou le laïque ne veut pas obéir à son évêque, se soumettre à sa décision, l'affaire arrive au métropolitain qui statue assisté de ses suffragants. Si le métropolitain lui-même ne peut pas terminer l'affaire, le roi ordonne alors qu'on vienne devant lui. On considère comme affaires ecclésiastiques, non pas seulement celles de discipline, mais encore lesprocès qui s'élèvent entre clercs à raison de leurs fonctions, par exemple les conflits de limites entre diocèses, les difficultés naissant du droit de contrôle des évêques sur les abbayes, les revendications de dîmes entre deux clercs (4).

Quant à la compétence des tribunaux d'Église en matière de mariage et de testament, elle n'est pas encore définitivement établie pendant notre période. Il est seulement

(1) Voyez Theganus, cap. 48, Pertz, *Scriptores*, II, 601. — Mansi, XIV, p. 666. — Bouquet, VI, 252; VII, 116 et 217.

(2) Bouquet, VIII, 428.

(3) Voy. par exemple Capit. de 794, cap. 6, Pertz, *Leges*, I, 72; Boretius, 74.

(4) Voy. par exemple Capit. de 794, cap. 8, Pertz, *Leges*, I, 73. — Flodoard, *Historia remensis*, II, 18. — Ménard, *Histoire civile de Nismes*, *Preuves*, n° 5.

permis de dire qu'elle est en voie de formation. On a même prétendu qu'à l'époque mérovingienne les tribunaux d'Église ne connaissaient jamais de ces contestations. La vérité est que les textes laissent la question indécise. Un édit de Clotaire dit que le juge séculier sera compétent en matière de succession entre parents : *in parentum successionibus* (1). On en a conclu que les tribunaux d'Église ne connaissaient pas des affaires testamentaires. Mais la solution contraire paraît tout aussi fondée. Le texte en effet n'embrasse pas les deux sortes de successions; il ne parle que des successions entre parents, c'est-à-dire *ab intestat*. N'est-il pas permis d'en conclure *a contrario* que les difficultés relatives aux successions testamentaires pouvaient être portées devant les tribunaux d'Église? En matière de mariage, un décret de Childebert II de 596 est plus précis (2). Il établit certaines prohibitions de mariage entre parents rapprochés et décide que les unions incestueuses doivent être condamnées par l'évêque. Il reconnait ainsi compétence à la juridiction ecclésiastique, tout au moins dans le cas d'inceste.

Sous la période carolingienne, cette compétence est de nouveau consacrée à plusieurs reprises (3). On a prétendu, il est vrai, que les tribunaux séculiers continuaient à juger les causes matrimoniales, mais les textes invoqués à l'appui de cette opinion ne nous paraissent pas déci-

(1) Boretius, 18.

(2) Décret de Childebert II, cap. 2, Boretius, 15 : « *In sequenti hoc convenit una cum leodos nostros : decrevimus ut nullus incestuosum sibi societ coniugio, hoc est nec fratris sui uxorem, nec uxoris suæ sororem, nec uxorem patruo aut parentis consanguinei. Uxorem patris si quis acceperit, mortis periculum incurrat. De præteritis vero conjunctionibus, quæ incestæ esse videntur, per prædicationem episcoporum jussimus emendare. Qui vero episcopo suo noluerit audire excommunicatus fuerit, perenni condemnatione apud Deum sustineat et de palatio nostro sit omnino extraneus, et omnes res suas parentibus legitimis amittat qui noluit sacerdotis sui medicamenta sustinere.* » On aura remarqué que le pouvoir civil se réserve d'appliquer des peines après l'excommunication et qu'il intervient même directement dans un cas.

(3) Capit. de 753, cap. 9, Baluze, I, 166; Capit. de 779, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 36; Boretius, 48.—Capit. de 802, cap. 33, Pertz, *Leges*, I, 95; Boretius, 97.— Capit. de 853, cap. 1, Pertz, *Leges*, I, 420. — Cpr. Rozière, form. 533.

sifs (1). Nous verrons sous la période suivante comment s'est continuée cette extension incessante de la juridiction de l'Église. Elle a été favorisée, non seulement par le pouvoir royal, mais encore par le mouvement général qui portait les plaideurs à préférer cette justice à toute autre, à cause de la sagesse et de l'impartialité de ses juges et des garanties qu'offrait sa procédure. Le droit qui appartenait alors aux grands propriétaires de terres de rendre la justice aux hommes de leurs domaines favorisa aussi le développement de la juridiction ecclésiastique. Nombre d'évêques et d'abbés exerçaient à raison de leurs privilèges d'immunités, la juridiction temporelle sur leurs tenanciers. On la confondit facilement avec la juridiction spirituelle et toutes deux profitèrent l'une de l'autre pour s'élargir de toutes parts (2).

La juridiction ecclésiastique de droit commun appartenait à l'évêque. Mais suivant la décision du quatrième concile de Carthage, observée en France, confirmée par le cinquième concile d'Arles et par le second de Tours, l'évêque devait être entouré de son clergé (3). En cas d'empêchement l'évêque se faisait remplacer par un de ses archidiacres; chaque évêque en avait en effet plusieurs entre lesquels il distribuait son diocèse (4). En droit, les archidiacres, vicaires généraux et inamovibles, n'exerçaient qu'une juridiction déléguée, mais en fait, ils se permirent toutes sortes d'empiètements qui attirèrent plus d'une fois l'attention des conciles. C'est peut-être aussi pour cette cause que les évêques imaginèrent de créer des vicaires épiscopaux, lesquels, à la différence des archidiacres, étaient essentiellement révocables; ce sont eux qui, au XII[e] siècle,

(1) Ainsi le Capit. de 857, cap. 5, Pertz, *Leges*, I, 455, s'occupe de la répression d'un crime et nullement d'une question de validité de mariage; de même la loi des Alamans (XXXIX, 1) et celle des Bavarois (VI, 1), parlent plutôt de mesures de police.

(2) Aujourd'hui encore, dans les questions relatives à la juridiction ecclésiastique au moyen âge, on a souvent le tort de confondre les deux rôles que l'évêque réunissait sur sa tête, celui de juge d'église et celui de juge féodal.

(3) Voy. Baluze, I, 1196.

(4) Voy. Baluze, I, 657 et 1123.

deviendront les officiaux (1). Enfin l'évêque se faisait aussi remplacer par l'archiprêtre pour les causes disciplinaires peu importantes (2).

On pouvait appeler de la sentence de l'évêque devant le métropolitain (3). Celui-ci jugeait assisté des évêques de sa province (4); nous savons déjà qu'il était juge direct des procès des évêques.

Enfin, du métropolitain, appel pouvait être interjeté devant le primat ou même devant le pape. Cette solution est cependant contestée par les auteurs qui nient l'authenticité des capitulaires où il est parlé de ce droit d'appel (5), mais la preuve de leur fausseté est difficile à établir et ce droit d'appel paraît très naturel. Toutefois pendant cette période, il n'était pas encore organisé avec précision et il serait difficile de dire avec certitude dans quels cas l'appel au pape était permis, dans quels cas il était interdit, suivant que la cause était majeure ou non. Cependant l'empereur se réservait le droit de connaître des affaires criminelles au-dessus des métropolitains (6). En outre les *missi dominici* exerçaient bien certainement un droit de surveillance sur les évêques, même en ce qui concernait leur droit de juridiction (7).

La procédure des tribunaux d'Eglise semble avoir été dégagée du formalisme compliqué et arbitraire qu'on rencontrait dans les autres tribunaux. Elle était en général très simple, s'inspirait souvent du droit romain et tenait compte aussi parfois des usages germaniques, surtout pour les améliorer. Au civil comme au criminel, le demandeur faisait citer

(1) Voy. Capit. de 816, cap. 28, Baluze, I, 569.
(2) Voy. Baluze, I, 1123.
(3) Capit. de 794, cap. 4, Baluze, I, 204.
(4) Baluze, I, 1196.
(5) Voy. par exemple Beauchet, *op. cit.*, p. 392.
(6) Capit. de Francfort de 794, cap. 4, Baluze, I, 204.
(7) Voy. par exemple Capit. de 789, cap. 27, Boretius, 44. — Capit. de 801-814, cap. 5, Boretius, 145. — Capit. de 819, cap. 28, Boretius, 291. — Capit. de 828, Pertz, *Leges*, I, 329. — Édit de Pistes de 869, cap. 7, Pertz, *Leges*, I, 510.

par un libelle le défendeur devant l'évêque (1). Le ministère public n'existait pas encore; c'est plus tard seulement que furent établis les promoteurs des officialités; mais pour empêcher les abus on exigeait que l'accusateur signât son libelle et on le menaçait de la peine du talion (2). De plus, avant d'admettre la plainte, on recherchait si l'accusateur n'appartenait pas à une des classes de personnes qui n'avaient pas le droit, à cause de la perte de l'*existimatio*, d'agir au criminel. Tels étaient les excommuniés, les esclaves, les affranchis, les infâmes (3).

La preuve par témoins n'était pas gênée par le formalisme des juridictions séculières. On n'admettait pas à témoigner ceux qui étaient privés du droit d'accuser, ni les domestiques de l'accusateur, ni les personnes au dessous de quatorze ans (4). Le faux témoin se rendait coupable du crime de Judas (5). Il n'est pas inutile de rappeler qu'à l'époque carolingienne il exista des témoins dits syndicaux, choisis par l'évêque parmi les personnes recommandables de la circonscription, chargés de rechercher en tout temps les délits commis par les clercs et les laïques et de les signaler au jour du synode. Réginon nous donne le détail de cette procédure et rapporte un long formulaire de questions que le pontife adressait aux témoins synodaux (6). Ceux-ci prêtaient un serment dont la formule nous a été conservée (7).

On prétend parfois qu'à l'époque barbare les tribunaux ecclésiastiques ne recouraient pas au jugement de Dieu ni aux épreuves qui le préparaient et se contentaient de la preuve écrite et des témoignages conformément au droit romain. C'est là, à notre avis, une erreur. Et d'abord personne ne

(1) Decret. Grat., pars II, caus. 2, quæst. 8. c. 1.

(2) Decret. Grat., pars II, caus. 2, quæst. 8, c. 1.

(3) Concile de Calcédoine en 451, c. 21. — Ansegise, lib. V, cap. 393, 394. — Capit. de 794, cap. 36, Boretius, 77.

(4) Decret. Grat., pars II, caus. 3, quæst. 5, c. 1, 2, 4, 5; Caus. 4, quæst. 2, 3, c. 1. — Concile de Tours en 813, c. 34.

(5) Decret. Grat., pars II, caus. 11, quæst. 3, c. 83.

(6) Reginon, *De ecclesiastica disciplina*, lib. 1. cap. 2.

(7) Rozière, formule 536, p. 668.

contestera que l'Eglise intervenait dans la procédure des épreuves devant les juridictions laïques. Elle s'attacha à les entourer de la pompe religieuse, afin d'inspirer la crainte et le respect de la justice à ceux qui y recouraient. On les obligeait même à recevoir auparavant les sacrements pour s'assurer de la paix de leur conscience. Enfin les épreuves elles-mêmes étaient précédées ou accompagnées de prières et d'offices religieux. Il serait bien extraordinaire que l'Eglise ait refusé d'accepter pour ses propres juridictions des moyens de preuve qu'elle sanctionnait dans les justices laïques. Il ne faut pas perdre de vue que ces moyens de preuve, malgré ou plus exactement à cause de leur grossièreté, étaient très populaires et en les écartant de ses juridictions, l'Eglise n'aurait pas manqué d'en éloigner aussi les plaideurs. Mais il suffit de lire Grégoire de Tours pour se convaincre qu'à tout propos et même en dehors des contestations judiciaires, clercs et laïques recouraient avec empressement au jugement de Dieu dans les circonstances les plus diverses (1). On voit même des évêques se servir des sacrements comme épreuve du jugement de Dieu et arriver par ce moyen à la découverte de certains crimes (2). Il est toutefois une épreuve que l'Eglise n'acceptait pas, celle du combat judiciaire. Ainsi la fausseté de la déposition d'un témoin se prouvait dans les

(1) Voy. Grégoire de Tours, liv. II, § 2, où il est question d'un duel entre deux champions qui représentent l'un l'armée des Vandales et l'autre celle des Alamans. Voy. encore liv. II, § 4; liv. IV, § 16, 25, 26; Frédégaire, liv. V, § 51. On admettait déjà que les parties pouvaient se faire représenter dans le combat judiciaire par des champions. Celui-là succombait dont le champion était tué. Grégoire de Tours, liv. X, § 10.

(2) Grégoire de Tours, liv. X, § 8 : Eulalius étant soupçonné d'avoir assassiné sa mère, l'évêque de Clermont Cautin lui refusa la communion. A la fête de Saint Julien, martyr, comme les citoyens étaient réunis autour de l'évêque, Eulalius se prosterna à ses pieds, se plaignant d'être séparé de la communion sans avoir été entendu. Alors Cautin lui permit d'assister à la messe; mais, lorsqu'on en vint à la communion, et qu'Eulalius s'approcha de l'autel l'évêque lui dit : « Le bruit populaire t'accuse de parricide, j'ignore si tu as ou non commis ce crime ; j'en remets donc le jugement à Dieu et au saint martyr Julien. Si donc tu es innocent, comme tu l'affirmes, approche, prends une portion de l'eucharistie et porte-la à ta bouche; Dieu sera juge de ta conscience. »

cours laïques par le duel et dans les cours d'Eglise par l'épreuve de la croix (1). Celle-ci ayant été supprimée (2), on imagina la procédure suivante pour le cas d'accusation de faux portée contre un témoin : dans les justices laïques, on continua à recourir au duel; la même procédure fut encore prescrite par cela seul qu'un des plaideurs était laïque et bien que l'autre fût clerc; mais en cas de difficulté entre clercs, le juge d'Eglise devait d'abord essayer d'arranger l'affaire et s'il n'y parvenait pas, comme le combat ne pouvait pas s'engager devant lui, il renvoyait les plaideurs au comte qui mettait fin au procès par le duel (3).

D'ailleurs l'Eglise, après avoir pratiqué les épreuves autres que le duel, fut ensuite la première à reconnaitre combien ces moyens de preuve étaient grossiers et insuffisants. Elle s'attaqua d'abord au duel qui avait lieu devant les justices séculières. Agobard écrivit à ce sujet un livre qu'il dédia à Louis le Débonnaire. En 855, le concile de Valence proscrivit formellement cette épreuve : les combattants devront être considérés comme homicides. Le clergé était tenu de refuser la sépulture ecclésiastique à ceux qui avaient succombé dans un duel. Des décrets des papes Nicolas I[er], Etienne V, Alexandre II, Alexandre III, Lucius III, proscrivirent d'une manière plus générale, toutes les épreuves. Cependant elles ne disparurent pas immédiatement et il fallut surtout beaucoup de temps avant que le combat judiciaire, si conforme au goût de l'époque, devint hors d'usage.

L'Eglise ne condamnait pas la preuve par le serment et s'appropria même le système des cojureurs. Il semble cependant qu'à l'origine le serment était vu avec défaveur par l'Eglise : il ne faut pas prendre en vain le nom de Dieu à témoin (4).

(1) Capit. de 816, cap. 1, Boretius, 268.
(2) Capit. de 818, cap. 27, Boretius 279.
(3) Capit. de 817-819, cap. 10, Boretius, 283.
(4) Grégoire de Tours, liv. V, § 50 : « Ayant dit des messes sur trois autels, je me purgeai par serment des paroles qu'on m'imputait; et quoique ces choses fussent contraires aux canons, elles se firent cependant en considération du roi. »

Mais l'Eglise ne tarda pas à reconnaître la supériorité du serment sur les autres épreuves. C'est un moyen plus noble et moins brutal. On y place encore plus directement sa confiance en Dieu que dans les autres épreuves. En outre celles-ci devaient assez souvent tourner en faveur des laïques contre les clercs dans les procès qui pouvaient s'élever entre eux, car les laïques étaient en général plus adroits et plus forts que les clercs. Aussi l'Eglise s'attribua la preuve par serment à ce point, qu'elle prit le nom de *purgatio canonica* par opposition aux autres épreuves qui se pratiquaient dans les juridictions laïques. Le recueil de Gratien mentionne un grand nombre d'évêques et de prêtres qui se purgèrent par le serment des accusations portées contre eux. Tout prêtre accusé et non convaincu pouvait se justifier par son propre serment que confirmaient sept cojureurs. Pour un diacre, trois cojureurs suffisaient; les serments étaient prêtés dans la cour de l'évêque et en sa présence. Ces règles sont consacrées à la fois par le droit canonique et par la législation des capitulaires (1).

A cette époque, la procédure ecclésiastique repoussait-elle la torture que les juges laïques et même les fonctionnaires royaux, en dehors de tout procès, ne se faisaient pas faute d'employer? Il serait difficile de répondre avec certitude. La question semble n'être entrée d'une manière définitive dans les justices d'Eglise qu'au XIII[e] siècle, sous l'influence du droit romain et à notre époque la torture paraît être contraire à l'esprit du droit canonique. Tout aveu doit être spontané et parfois même confirmé par des témoins (2).

## § 59. — LE DROIT PÉNAL DE L'ÉGLISE.

Au point de vue pénal, l'Église introduisit dans la législa-

(1) Decret. Grat., pars II, caus. 2, quæst. 4, c. 12, 18. — Decret. Grat., pars II, caus. 15, quæst. 5, c. 1, 2. — Capit. d'Aix-la-Chapelle de 803, *De purgatione sacerdotum*, Baluze, col. 385. Cpr. col. 379. Ce capitulaire est extrait de la collection de Benedictus Levita et n'a pas été inséré par Boretius. Voy. ce qu'il dit à cet égard dans son édition des capitulaires, p. 388. — Capit. de Francfort en 794, cap. 7, Baluze, 261; Boretius, 75.

(2) Voy. par exemple Decret. Grat., pars II, caus. 15, quæst. 5, quæst. 6, c. 1.

tion un élément nouveau. Les pénalités du droit romain reposaient sur l'idée de la vengeance publique et avaient pour objet d'effrayer le peuple par la crainte de supplices terribles. Le droit germanique se plaçait à un autre point de vue : les délits étaient avant tout des torts privés. Celui qui en était victime avait le droit de se venger par la guerre ou d'accepter une indemnité pécuniaire comme renonciation à la guerre. L'Église chrétienne fit reposer la loi pénale sur la doctrine de l'expiation et se proposa moins de protéger la société que de provoquer le repentir du coupable. « Le châtiment, comme la grâce, disait Saint Augustin, n'a qu'un but, corriger la vie des hommes (1). » Aussi l'Église repoussait-elle la peine de mort qui ne laisse pas à l'homme le temps de se réhabiliter, et les mutilations corporelles qui le mettent dans l'impossibilité de reprendre par le travail, sa place dans la société. Le concile de Châlon-sur-Saône affirmait en 650 (cap. 8) que la pénitence est le remède de l'âme et les Décrétales des papes proclamaient « que la sévérité de la peine doit être un remède qui guérisse les méchants et les amène au bien » ou bien encore « que la pénitence consiste plus dans le repentir que dans la durée de la peine (2). » Le droit canonique de cette époque ne prononce ni la peine de mort ni celle de la mutilation. D'ailleurs il a toujours tenu pour principe qu'il faut exclure les peines entraînant effusion du sang. Dans la suite l'Église admit que ses tribunaux pouvaient condamner à la prison, au bannissement, au fouet, aux galères, à l'amende honorable, à des amendes *in pios usus*. Mais à notre époque, les premières de ces peines n'étaient pas encore appliquées et les pénalités ecclésiastiques étaient en général plus douces. On a affirmé que, sous ce rapport, l'Église était moins rigoureuse que les lois barbares; d'autres ont soutenu le contraire. A notre avis il est impossible de répondre d'une manière générale à cette question. Les pénalités de l'Église étaient plus rigoureuses que les faibles compositions des lois

(1) *De verbis apostolorum*, 18.
(2) Decret. Grat., pars II, caus. 23, 9, 4, c. 25.

barbares. Mais comparées aux peines corporelles ou aux fortes compositions qu'un grand nombre de coupables ne pouvaient pas payer (1), ces pénalités de l'Église étaient infiniment plus douces. Ainsi dans le procès de Bernard d'Italie, celui-ci et ses complices d'Italie furent condamnés à mort par la justice séculière; les complices de l'ordre ecclésiastique furent frappés par le synode de la déposition (2).

L'Église imposait à titre de peine ou de pénitence la récitation de prières, le jeûne au pain ou à l'eau pendant un temps plus ou moins long, l'obligation de prendre une attitude humiliante, par exemple de se tenir pendant des années hors de la porte de l'église, de rester prosterné, de se couvrir la tête de cendres, de laisser croître sa barbe, de s'entourer d'un cilice ou de s'infliger d'autres macérations, de promettre et d'observer la continence. Les pénitences publiques étaient très sévères. Les peines les plus graves consistaient pour les clercs dans la censure, la déposition, la dégradation et enfin pour tous dans l'excommunication. Parfois aussi des clercs, après avoir été déposés, étaient relégués dans un cloître où ils subissaient une sorte d'emprisonnement perpétuel (3).

De toutes ces peines, la plus redoutée était sans contredit celle de l'excommunication. Aussi était-elle réservée aux plus grands criminels et aux fautes les plus sérieuses contre la discipline ecclésiastique. Ainsi elle menaçait le moine qui s'échappait de son monastère et celui qui lui aurait donné refuge (4). La peine de l'excommunication était précédée de solennités redoutables (5). Elle produisait des effets terribles et équivalait pour l'excommunié à une mise hors la loi canonique. Les secours religieux lui étaient refusés; il était privé même du droit d'entrer dans une église. Personne ne devait

(1) Et on sait quelle conséquence grave encouraient ceux qui ne pouvaient pas payer la composition.

(2) Voy. Pertz, *Scriptores*, II, 623.

(3) Voy. *Leges*, I, 417 et *Scriptores*, I, 494.

(4) Voy. Rozière, form. 560, p. 700.

(5) Voy. Rozière, form. 544, p. 673 et suiv.

se mettre en relation avec lui; il était interdit de lui donner aucun secours en argent, en nourriture ou autrement. On ne devait s'entretenir avec lui que pour essayer de l'amener au repentir. Lorsqu'une pareille décision était prise dans un concile d'évêques, tous ceux qui étaient présents en avaient nécessairement connaissance et quant aux absents on avait soin de la leur notifier, comme nous l'apprend Grégoire de Tours à l'occasion du procès du comte Leudaste (1).

De bonne heure l'Église comprit que la peine de l'excommunication deviendrait encore plus redoutable si elle était sanctionnée par le pouvoir séculier et produisait des effets civils. Aussi essaya-t-elle d'obtenir le secours de la royauté Déjà le décret de Childebert II de 596, en défendant le mariage entre parents rapprochés, sous peine d'inceste, déclare que ceux qui auront été excommuniés pour ce crime seront mis hors la loi et que leurs biens seront acquis à leurs parents légitimes (2). Il est toutefois difficile de dire si, en attachant des effets civils à l'excommunication, le roi franc établissait une nouveauté ou n'appliquait à ce cas d'inceste qu'une règle générale antérieure déjà en vigueur. La question offre un grand intérêt : si l'on admet la première interprétation, il faut reconnaître qu'au VIe siècle. l'excommunication ne produisait pas encore des effets civils dans tous les cas, mais seulement dans des circonstances fort rares; préfère-t-on la seconde interprétation, alors l'excommunication était déjà à cette époque très redoutable par ses effets civils généraux. Un autre texte, d'une époque

(1) Augustin Thierry a dramatisé les solennités de l'excommunication dans le cinquième de ses récits mérovingiens où il a parlé de ce procès de Leudaste.

(2) Nous rapportons ce texte à cause de son importance et bien qu'il ait déjà été cité : « *In sequenti hoc convenit una cum leodos nostros : decrevimus ut nullus incestuosum sibi societ coniugio, hoc est fratris sui uxorem, nec uxoris suæ sororem, nec uxorem patruo aut parentis consanguinei. Uxorem patris si quis acceperit, mortis periculum incurrat. De præteritis vero conjunctionibus, quæ incestuæ esse videntur, per prædicationem episcoporum jussimus emendare. Qui vero episcopo suo noluerit audire et excommunicatus fuerit, perenni condemnatione apud Deum sustineat et de palatio nostro sit omnino extraneus, et omnes res suas parentibus legitimis amittat qui noluit sacerdotis sui medicamenta sustinere.* »

rapprochée, parait reconnaître des effets civils généraux à l'excommunication : c'est le traité signé en 851 entre les trois successeurs de Louis le Débonnaire, Lothaire, Louis et Charles, et renouvelé à Coblenz en 860 (1). Cette loi porte que chacun des princes s'interdit de recevoir dans son royaume les sujets des autres qui ont été excommuniés par un évêque à raison d'un crime public et capital, tant qu'ils n'auront pas fait la pénitence qui leur a été infligée. Ce texte a paru très général à certains auteurs et ils en ont conclu que, dès cette époque, l'excommunication a produit des effets civils dans tous les cas. Cette interprétation ne nous parait pourtant pas exacte. Il suffit de lire le texte pour se convaincre qu'au début il suppose l'excommunication encourue pour un crime public et capital et que, dans la suite, il parait même se restreindre aux cas de mariage incestueux, de rapt et d'adultère. On s'explique ainsi qu'il charge les fonctionnaires publics d'arrêter ces coupables et de les conduire avec leurs femmes illégitimes, *cum diabolica præda*, auprès de l'évêque, pour que celui-ci leur inflige une peine canonique ou les oblige à exécuter celle qui a déjà été prononcée contre eux. Suivant certains auteurs, des textes antérieurs contenus dans le recueil de Benoit et attribués par ce moine à Charlemagne, admettent en termes généraux les effets civils de l'excommunication. Mais cette interprétation nous parait encore mal fondée. Des deux textes, l'un concerne seulement le cas de mariage prohibé et l'autre, au lieu de parler en termes absolus de

(1) Pertz, *Leges*, II, 408. On y lit notamment : « *Similiter et de eo agendum est, qui pro aliquid capitali et publico crimine a qualibet episcopo corripitur vel excommunicatur, aut ante excommunicationem crimen faciens, regnum et regis regimen mutat, ne debitam pœnitentiam suscipiat aut susceptam legitime peragat, interdum etiam per incestam propinquam suam aut sanctimonialem, vel raptam sive adulteram quam illic ei non licebat habere, fugiens secum ducit. Hic talis, cum episcopus ad cujus curam pertinebit, notum nobis fecerit, diligenter perquiratur, ne morandi vel latendi locum in regno alicujus nostrum inveniat, et Dei ac nostros fideles suo morbo inficiat; sed a nobis vel per ministros reipublicæ constringatur, ut ei simul cum diabolica præda quam secum duxit, ad episcopum suum redeat et de quocumque crimine publico debitam pœnitentiam suscipiat, aut susceptam ut legitime peragat compellatur.* »

l'excommunication, a au contraire le soin d'établir une distinction entre les clercs et les laïques; il ne lance l'excommunication que contre les premiers et la remplace par une autre sanction contre les laïques : ceux-ci encourent la confiscation de la moitié de leurs biens au profit du fisc s'ils sont de haute condition; appartiennent-ils à la classe moyenne, la confiscation s'étend sur tout leur patrimoine, et on y joint en outre la peine de l'exil (1). On voit que, même dans ces capitulaires, qu'ils soient vrais ou apocryphes, l'excommunication n'entraîne pas toujours et nécessairement des conséquences civiles.

Le droit d'asile, reconnu de tout temps dans l'antiquité, très populaire chez les Grecs, moins bien vu chez les Romains, avait passé du paganisme dans l'Église chrétienne. Plusieurs constitutions impériales des empereurs chrétiens consacrent formellement le droit d'asile, non seulement pour les temples, mais aussi pour les statues des empereurs (2). Une décision d'Honorius et de Théodose considère la violation du droit d'asile comme un crime de lèse-majesté (3); une autre punit les Juifs qui simulent de se soumettre à la loi chrétienne pour profiter du droit d'asile (4). Enfin une loi de Théodose le Jeune et de Valentinien (5), détermine l'étendue de l'asile : il comprenait non seulement l'intérieur du temple, mais encore toute l'enceinte du lieu sacré où étaient situés les maisons, les galeries, les jardins, les bains et les cours qui en dépendaient. Les lois barbares (6) reconnurent

(1) Liv. VII, chap. 176 et 432, dans Baluze, I, 1120 et 1131. — De même que l'excommunication pouvait produire des effets civils, de même en sens inverse on attribuait des effets religieux à certaines peines prononcées par les tribunaux laïques et, par exemple, on refusait le sacrement de la communion aux condamnés à mort. Cpr. Grégoire de Tours, liv. V, § 26. Cet usage s'est conservé jusqu'au milieu du moyen âge.

(2) Voy. au Code de Justinien, le liv. I, tit. 12 et 25 : *De his qui ad ecclesias confugiunt vel ibi exclamant; De his qui ad statuas confugiunt.*

(3) Const. 2, *De his qui ad ecclesias confugiunt*, 1, 12.

(4) Const. 1, *ibid.*

(5) Const. 3, *ibid.*

(6) Voy. notamment loi des Visigoths, IX, 3, 1; loi des Alamans, tit. III; loi des Bavarois, I, 7, 1.

presque toutes le droit d'asile qui, de siècle en siècle, tendait sans cesse à s'élargir. Il va sans dire que les conciles tenus sous les rois francs, notamment le concile d'Orléans de 511, l'avaient déjà auparavant consacré. Peu à peu on investit du droit d'asile les monastères, tous les monuments consacrés à la religion, les demeures des évêques, celles des chanoines, les cimetières et même les croix dressées sur les routes. A l'extérieur des enceintes de ces bâtiments, on scellait dans les murs des anneaux de fer appelés anneaux de salut, parce que celui qui parvenait à s'en saisir profitait du droit d'asile et devenait inviolable (1).

Ce droit d'asile nous étonne aujourd'hui. Il était cependant fort utile, à l'époque franque. « Dans ces temps barbares, comme le dit très justement M. Guérard, dans sa préface du cartulaire de Notre-Dame de Paris, où l'offensé se faisait lui-même justice, où souvent une vengeance terrible et prompte suivait un tort assez léger, où la force était la loi de tous et les sentiments d'humanité affaiblis ou même éteints dans le cœur du plus grand nombre, il était bien que l'Église pût accueillir et mettre en sûreté chez elle, le malheureux qui venait lui demander un refuge afin de donner à la colère le temps de se calmer, ou de soustraire le faible et le pauvre à la colère de l'homme puissant. » Des peines sévères menaçaient ceux qui auraient violé le droit d'asile. Ainsi le *capitulare triplex* de Dagobert, généralement rapporté à l'an 630, condamne le coupable de ce crime à payer à l'Église 40 sous à titre de composition et au fisc pareille somme à titre d'amende parce que, dit-il, « on doit toujours rendre honneur à Dieu, respect aux Saints et gloire à l'Eglise. » Toutefois le droit d'asile serait devenu une cause d'excitation au crime s'il avait indéfiniment protégé les coupables et il aurait même manqué son but qui est d'empêcher les vengeances, mais non d'entraver le cours de la justice. L'Eglise ne vou-

(1) On assignait parfois aussi aux réfugiés des places spéciales dans les églises. Parfois on plaçait pour eux près de l'autel, un siége en pierre appelé pierre de la paix.

lait pas non plus, on s'en souvient, que le coupable fût condamné à mort ou à la perte d'un de ses membres, car il serait devenu incapable de travailler et aurait été mis dans l'impossibilité de racheter sa faute par une vie régulière. Aussi le concile d'Orléans de 511 avait décidé que les coupables réfugiés dans les églises ne seraient livrés qu'autant qu'un serment prêté sur l'Evangile les garantirait de la mort, de la mutilation et de toute peine semblable (1). Le plus souvent, au bout d'un certain temps, ordinairement le neuvième jour, les clercs demandaient à celui qui s'était réfugié dans l'église, s'il voulait comparaître devant les tribunaux laïques ou devant les juges ecclésiastiques. Préférait-il s'exiler, on lui donnait quarante jours pour s'éloigner du royaume. L'acte par lequel il renonçait à l'asile s'appelait abjuration.

Pendant la durée de son séjour dans l'église, le réfugié pouvait s'y procurer librement tout ce qui est nécessaire à la vie, surtout des aliments; autrement il aurait été facile à ceux qui le poursuivaient de le prendre par la famine. Les prêtres se chargeaient le plus souvent de l'entretien des pauvres. Quant aux riches, ils se procuraient les provisions nécessaires par leurs gens qui allaient et venaient en toute liberté et même par des personnes du dehors, hommes ou femmes. Ce service était l'occasion de désordres et les réfugiés eux-mêmes se permettaient parfois toutes sortes d'orgies qui occasionnaient de tristes scandales (2). Il est facile de comprendre que ce droit d'asile devait produire encore d'autres abus. On ne tarda pas à le trouver trop favorable pour les coupables de grands crimes. Un capitulaire de 779 refusa le droit d'asile aux homicides et aux coupables de crimes entraînant peine de mort. On devait refuser de les laisser entrer dans l'église; s'ils étaient parvenus à y pénétrer, on ne pouvait pas les chasser, mais il était interdit de leur donner à manger et de laisser parvenir des aliments jusqu'à

(1) Voy. dans le même sens un passage de Grégoire de Tours, liv. IX, § 38.

(2) Voy. un exemple dans Grégoire de Tours, liv. VIII, § 22.

eux (1). Ce capitulaire a-t-il un instant compromis le droit d'asile? Le fait est possible et on s'explique ainsi qu'un capitulaire postérieur l'ait consacré de nouveau en termes généraux, sans d'ailleurs modifier le capitulaire de 779 qui en avait privé les grands criminels (2). Les papes eux-mêmes reconnurent dans la suite que le droit d'asile devait être interdit à certaines catégories de malfaiteurs; mais il n'en resta pas moins très efficace en France jusqu'au xv[e] siècle (3).

(1) Capit. de 779, cap. 8, Boretius, 48 : « *Ut homicidas aut cæteros reos qui legibus mori debent, si ad ecclesiam confugerint, non excusentur, neque eis ibidem victus detur.* » La forme lombarde de ce capitulaire est plus développée et plus claire : « *De homicidis et ceteris malefactoribus, qui legibus aut pro pace facienda morire debent; nemo eos ad excusationem in ecclesia sua introire permittat; et si absque voluntate pastoris ibidem introierit, tunc ipse in cujus ecclesia est nullum victum ei donet nec alio dare permittat.* »

(2) Capit de 803, cap. 3, Boretius, 113.

(3) On pourra consulter sur le droit d'asile : Sauval, *Histoire et recherches des antiquités de la ville de Paris*, Paris, 1724 (on y trouvera un chapitre sur les asiles de Paris). — Teulet, *Le droit d'asile*, dans la *Revue de Paris*, année 1834. — Vallon, *Le droit d'asile*, Paris, 1837. — De Beaurepaire, *Histoire sur l'asile religieux dans l'empire romain et la monarchie française*, dans la *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, 3[e] série, t. IV et V. Ce travail a paru ensuite en 1 vol. in-8, 1854.

# CONCLUSION.

On a beaucoup discuté sur les causes de la décadence rapide de l'empire de Charlemagne. Augustin Thierry a expliqué la chute de cet empire par la différence d'origine, de langage et de mœurs des peuples qui le composaient. Guizot estimait qu'à une époque où la notion d'un vaste gouvernement avec les institutions qu'il exige, était en général mal comprise, un empire d'une aussi vaste étendue était une véritable anomalie. D'autres ont vu dans l'œuvre de Charlemagne la consécration de la domination des Francs d'Austrasie; c'était la conséquence de l'alliance de leur chef avec la papauté; ces Francs se seraient conduits en véritables conquérants et dès lors, à la première occasion, dès la mort de Charlemagne, l'Aquitaine, l'Italie, la Germanie, auraient travaillé à s'affranchir de cette odieuse domination (1). La plupart de ces systèmes ont, à notre avis, le tort commun d'exagérer une des causes de la décadence de l'empire carolingien et de ne pas tenir compte des autres.

Sans doute Charlemagne a soumis à son autorité un grand nombre de peuples, mais les mœurs et les habitudes de ces peuples n'étaient pas aussi divergentes qu'on l'a dit. Tous étaient d'origine germanique, à l'exception des Romains. Ceux-ci, habitués à la domination barbare, continuaient à fusionner avec eux. Rien ne prouve que les Austrasiens et leur chef se soient conduits en véritables vainqueurs. Charlemagne n'a pas non plus été le restaurateur de l'esprit romain; dans une certaine mesure, son gouvernement n'a été que la suite de la monarchie mérovingienne; sous d'autres rapports, il a créé un empire nouveau, mais il n'a pas fait revivre celui

(1) Voy. notamment Zeller, *Fondation de l'Empire germanique*, p. 49 et suiv.

des Romains. Ce qui est vrai, c'est que cette immense État ne possédait pas encore, à la mort de Charlemagne, les éléments nécessaires au maintien de sa vaste unité. Pour consolider l'œuvre du grand prince, il aurait fallu une succession de rois et d'empereurs doués du génie du fondateur, car les hauts dignitaires et les grands propriétaires ne pouvaient songer à fortifier l'empire; ils avaient bien plutôt intérêt à détruire son unité à leur profit. Les événements les ont servis à souhait. Les premiers successeurs de Charlemagne furent des princes faibles et incapables. Ils n'eurent pas la force de combattre ni même d'arrêter les envahissements progressifs de la féodalité. Plus tard les derniers Carolingiens se montrèrent sans doute des princes actifs et énergiques; il serait tout à fait inexact de les comparer aux derniers Mérovingiens appelés à juste titre des rois fénéants. Ces derniers Carolingiens luttèrent au contraire contre les seigneurs féodaux et surtout contre les premiers représentants de la dynastie naissante, mais les fautes de leurs prédécesseurs avaient tellement affaibli l'autorité centrale et consolidé les entreprises des grands, qu'ils succombèrent dans la lutte, malgré leur courage et leur ténacité (1). En réalité, à la mort de Charles le Gros, la France (pour ne pas parler des autres parties de l'empire de Charlemagne), se composait déjà de plusieurs États féodaux : au sud de la Loire, le duché ou marquisat de Gothie ou de Narbonne, comprenant les comtés de Narbonne, de Béziers, d'Agde, de Lodève, de Magdelonne et de Nîmes; le comté de Toulouse, embrassant les comtés de Toulouse, d'Alby, d'Uzès, de Viviers, avec la suzeraineté sur les comtés de Foix, de Carcassonne et de Rasez (2); le duché de Gascogne, fondé en 768 par Loup Ier, cousin du fameux Waifre et où se trouvaient le Bordelais, l'Armagnac, la Limagne, etc., avec la suzeraineté sur le Comminge, le Bigorre, le Béarn, etc.; le duché de Guienne ou d'Aquitaine,

(1) Voy. à cet égard Luchaire, *Histoire des institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens*, t. I, p. 26.

(2) Ces comtes possédaient en outre les comtés de Rhodez et de Cahors.

formé en 880 et comprenant les comtés de Poitou, de Limousin, de Saintonge, avec la suzeraineté sur la Marche, l'Angoumois, le Périgord, l'Auvergne, le Vélay. Au nord de la Loire, la France ne comprenait pas moins de sept États principaux : le comté d'Anjou, dont le premier prince fut Hingelger, en 870 ; le duché de Normandie, constitué au profit de Rollon, chef des Normands, en 912, à la suite de ce qu'on a appelé improprement le traité de Sainte-Claire-sur-Epte ; le Vermandois (1); la Bretagne, dont le premier duc Noménoé régna en 840 ; la Bourgogne, donnée par Charles le Chauve à Richard dit le Justicier ; le comté de Flandre, commencé en 882 par Beaudouin I^er^; enfin le duché de France auquel on donne pour premier duc Robert le Fort, dont les fils Eudes et Robert furent rois. A la suite de la formation de tous ces États secondaires, des concessions d'immunité si nombreuses et qui impliquaient, comme nous l'avons vu, renonciation à presque tous les attributs de la souveraineté, que restait-il aux derniers Carolingiens de la puissance royale? En réalité, on tombait de nouveau dans les temps obscurs et le pouvoir central disparaissait une seconde fois. Cependant la nécessité d'une monarchie plus ou moins forte se faisait encore sentir. L'Eglise y attachait un grand prix ; elle était en cela fidèle à sa tradition romaine et de plus ses membres se faisaient, par leur instruction même, une idée moins inexacte de l'État. Les invasions des Normands, les désordres et l'arbitraire qui régnaient partout, les abus des fonctionnaires devenus indépendants, faisaient désirer aussi l'établissement d'un pouvoir plus fort que celui des derniers Carolingiens. La famille de Charlemagne ne donnait plus à l'État ce qu'elle devait; on chercha ailleurs des princes plus heureux et plus forts. On connaît les événements qui ont fixé l'attention sur la famille robertinienne (2). Relevons un seul fait : Hugues le Grand obtint le titre et les pouvoirs

(1) La Champagne se détacha du Vermandois en 943.

(2) Robert le Fort eut pour fils Eudes et Robert. Hugues le Grand succéda à ce dernier et il eut lui-même pour fils Hugues Capet.

de duc des Francs, titre vague et général rappelant celui qu'avaient porté les maires du palais austrasiens sous les derniers Mérovingiens et qui avait surtout l'avantage d'attribuer la qualité de second dignitaire du royaume. Hugues le Grand comptait de nombreux vassaux, c'étaient les comtes de Vermandois, de Champagne, de Blois, de Chartres, d'Anjou, de Sens, de Senlis, de Dreux, etc. ; il acquit même la suzeraineté sur la Bourgogne. N'était-il pas ainsi en fait le chef d'un véritable État et le jour où les derniers Carolingiens disparaîtraient, les Robertiniens devaient tout naturellement passer du second au premier rang. L'avénement de Hugues Capet consacra ce changement de dynastie ; mais il n'a pas eu une portée plus large et plus générale. La monarchie capétienne, à son début, n'est pas autre que celle des Carolingiens. C'est encore une royauté franque, de droit divin, absolue, responsable devant Dieu seul, dont la fonction principale est de rendre la justice, d'assurer la paix publique, de protéger l'Église et les faibles (1).

Le triomphe des Capétiens n'est donc pas la conséquence d'une lutte de race dont on chercherait en vain la trace dans l'histoire ; les Capétiens ont été élevés au trône parce que l'Eglise et la nation voyaient en eux des chefs capables de les défendre contre les ennemis du dehors et contre l'arbitraire des grands.

On se tromperait encore plus gravement si l'on voulait voir dans la royauté capétienne le triomphe de la féodalité sur le principe monarchique. Une pareille doctrine suppose que cette révolution a été accomplie par les seigneurs contre les Carolingiens. Mais cette assertion est contraire au bon sens et aux traditions historiques. L'intérêt des grands seigneurs était manifestement de ne pas porter au pouvoir celui d'entre eux qui s'était rendu populaire par son énergie ; il pouvait en effet devenir un chef dangereux et dominateur. Aussi les grands seigneurs n'ontpas fait la révolution de 987,

(1) Voy. sur ces différents point, Luchaire, *op. cit.*, t. I, p. 37 et suiv.

mais ils l'ont subie. L'énergie de la monarchie capétienne était autrement redoutable pour eux que la faiblesse des derniers Carolingiens. D'un autre côté, si les premiers Capétiens avaient dû leur fortune aux grands vassaux, ils se seraient gardés d'entrer en lutte avec eux. Or l'histoire nous apprend qu'ils n'acceptèrent pas sans protestation l'hérédité féodale. Cette hérédité, surtout celle des grands fiefs, n'était pas en effet encore bien solidement établie à l'époque où s'opéra le changement de dynastie. Elle ne se généralisa qu'au XI[e] siècle et ne fut irrévocablement fixée qu'au XII[e]. D'ailleurs de tout temps on avait admis que le roi avait le droit de reprendre le bénéfice dont le possesseur avait manqué au devoir de fidélité. Les premiers Capétiens usèrent de ce droit et ils n'observèrent même pas toujours les formalités prescrites par le droit féodal (1).

On voit combien il est inexact de prétendre que la monarchie capétienne consacre le triomphe de la féodalité ou même inaugure ce régime. Sous ce rapport encore, il importe de se mettre en garde contre une erreur qui a été fort longtemps répandue. On a fait dater la féodalité du règne de Hugues Capet et on a dit que l'avénement de la nouvelle dynastie avait ainsi consacré une révolution sociale. En réalité la féodalité avait depuis longtemps commencé lorsqu'Hugues Capet monta sur le trône. Toutes les institutions féodales existent déjà sous les Carolingiens, seulement elles n'ont pas encore atteint leur complet développement et parfois même n'ont pas pris leur nature définitive. Nous l'avons suffisamment établi en nous occupant de l'administration de l'Etat, de la condition des personnes, du régime des biens, de l'administration de la justice. Nous ne rentrerons plus dans les détails de ces questions; nous devons nous borner, en terminant cette période, à un résumé général, en ayant soin de constater que les origines du régime féodal sont absolument indépendantes du changement de dynastie qui s'est opéré au X[e] siècle.

(1) Voy. à cet égard Luchaire, *op. cit.*, t. II, p. 11 et 16.

Ces origines du régime féodal sont encore aujourd'hui, même après les nombreux et savants travaux consacrés à cette grave question, entourées de plus d'un nuage. Les solutions les plus diverses ont été proposées. Fréquemment elles contiennent une part de vérité, mais non pas toute la vérité. Plus d'une fois les savants ont été conduits à des erreurs pour avoir voulu expliquer d'une manière trop simple l'origine de la féodalité. Cet état social est en effet très complexe et a sa source dans des causes multiples. Les uns ont remonté trop loin pour retrouver la source de la féodalité; d'autres ne l'ont vu naître qu'à une époque où elle existait en réalité depuis un certain temps déjà. Dubos fait venir le fief de l'Empire romain. Laferrière remonte plus loin et le déclare celtique; cette doctrine n'a convaincu personne. On ne voit dans aucune institution celtique celle qui aurait pu servir de germe à la féodalité. Nous avons essayé d'établir que l'immunité elle-même ne remonte pas à l'époque romaine; à plus forte raison faut-il en dire autant du fief. Quelques-uns prétendent que le régime féodal vient des Lombards. Ce qui les a induits en erreur, c'est qu'en effet chez ce peuple, ce régime s'est développé avec une vigueur tout à fait extraordinaire. Montesquieu et Waitz veulent que le fief se rattache au *comitatus* germanique. Roth lui donne une origine beaucoup plus récente : il la voit dans la sécularisation des biens de l'Eglise sous les Carolingiens. A une certaine époque il était de mode de faire sortir le régime féodal tout entier du capitulaire de Kiersy-sur-Oise. Aujourd'hui certains savants négligent complétement ce capitulaire. Ce sont là encore des exagérations en sens contraire.

Nous nous refusons aussi à voir l'origine de la féodalité dans les anciennes institutions germaniques, qui cependant liaient certains hommes à d'autres, les compagnons à leur chef, les vassaux à leur seigneur. Il s'agissait en effet là d'engagements purement personnels d'homme à homme, et qui ne reposaient nullement sur un certain état de la propriété foncière. Sans doute il pouvait arriver que le

client, le *vassus* obtint certains biens de son seigneur, de son patron. Celui-ci lui donnait, pour l'attacher à sa personne, des terres, mais il pouvait aussi le gratifier autrement, par exemple en bétail. En pareil cas la terre n'était que l'occasion et l'accessoire des rapports établis entre le supérieur et l'inférieur. On en a une preuve manifeste dans ces vassaux dont parle la loi des Visigoths sous le nom de *buccellarii*. Ceux-ci recevaient de leur patron certains biens à titre de libéralité, des armes ou toute autre chose. Ils pouvaient changer de patron, mais à la condition de rendre à leur précédent seigneur tout ce qu'ils en avaient reçu; à la mort de l'un des contractants, tout lien était rompu et les biens donnés au *buccellarius* devaient être rendus au patron ou à son héritier. Rien ne saurait établir plus nettement que ces rapports étaient purement personnels, et que la possession de la terre n'y jouait aucun rôle (1). Chez les Francs, les clients, les fidèles étaient organisés de la même manière autour de leur seigneur; ils s'appelaient *vassi*, *casendi*, *gasendi*; ils formaient son entourage (2). Le patron les recevait sous sa protection au moyen de la *commendatio*; il leur donnait des armes et parfois aussi des fonds de terre. Mais le contrat n'en restait pas moins purement personnel. Il était même à l'origine résoluble à volonté et c'est seulement au IX^e siècle qu'on exigea une cause grave pour sa rupture (3). Vis-à-vis de clients de condition plus inférieure, de véritables tenanciers, le *senior* exerçait des droits plus absolus et à la terre commençaient déjà à être attachés certains droits de souveraineté; c'était le *mithium* qui s'éloignait de la *commendatio* personnelle et se rapprochait, dans une certaine mesure, de ce que l'on appellera plus tard le régime

(1) Ce que nous venons de dire des *buccellarii* ne saurait être sérieusement contesté, mais sur une foule d'autres questions, ils ont donné lieu à de vives controverses. Cpr. Du Cange, *Glossarium*, v° *Buccellarius*. — Blume, *Die Westgothische Antiqua*, 1847, p. 30. — Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 534.

(2) Cf. loi des Ripuaires, tit. XXXIII. — Marculfe, liv. I, form. 23. Zeumer, p. 57. Rozière, form. 455. — *Diplomata*, II, n° 168, p. 124.

(3) Capit. de 801-813, cap. 16, Boretius, p. 172.

féodal. La *commendatio* personnelle sera longue à s'éteindre. On en constate l'existence, même au x[e] siècle et au-delà (1). Mais ce sont des faits exceptionnels et, en réalité, la recommandation se confondait dès le IX[e] siècle avec le bénéfice. C'est, en effet, à cette époque que commence à s'accomplir la transformation sociale sous l'influence des tenures que nous avons précédemment étudiées. Nous verrons plus tard comment le précaire a contribué à préparer la censive et nous relèverons en même temps l'erreur de certains historiens qui ont donné à ces tenures une origine beaucoup trop récente (2). De même le fief est né en grande partie d'une autre tenure de l'époque franque, du bénéfice. La parenté est si proche, que les deux termes sont souvent pris l'un pour l'autre.

Dans la *commendatio* comme dans le *mundium*, le rapport de personne à personne était l'objet essentiel des relations du patron avec son homme; la concession d'une terre qui pouvait être faite par le *senior* n'était qu'un élément accidentel. Dans le bénéfice, la situation est complétement modifiée : la terre devient la cause des liens qui s'établissent entre le seigneur et son homme; celui-ci lui doit la fidélité, parce qu'il en a reçu un bénéfice et s'il manque à ce devoir, la terre lui sera reprise. Nous avons dit que l'hérédité des bénéfices avait mis beaucoup de temps à se généraliser, bien qu'elle existât surtout en fait, même déjà avant le capitulaire de Kiersy, et il y eut même, pendant de longs siècles, dans certains pays, des fiefs purement viagers. Ailleurs on admit pour certains fiefs et en vertu de l'acte même de concession, une dévolution successorale particulière; un régime propre de succession existait pour chacun de ces fiefs qu'on appelait en Angleterre *taillés*. Nous en avons longuement expliqué l'origine, la nature et les caractères dans l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre;* nous nous borne-

(1) Cpr. Boutaric, *Des origines et de l'établissement du régime féodal*, p. 19.

(2) Par exemple de Laurière estime bien à tort que les censives proviennent d'une usurpation commise par les seigneurs en pleine féodalité.

rons à constater ici que ces successions spéciales à certains fiefs ont préparé le régime général de transmission à cause de mort relatif aux fiefs.

Cette hérédité des bénéfices, a, sans aucun doute, confirmé l'attache de l'homme à l'homme par la terre, mais ne l'a pas créée. Cependant le bénéfice n'est pas le seul pivot du système féodal. Les concessions d'immunités et le système des juridictions patrimoniales ont aussi très largement contribué à sa création. Ceux qui voient tout le régime féodal dans le bénéfice, n'aperçoivent qu'un côté de la question; la féodalité devient pour eux une pure institution de droit privé et rien de plus. Or, c'est là, à notre avis, une erreur manifeste : il y avait une féodalité politique, de droit public, à côté de la féodalité de droit privé, et la première doit surtout sa formation au régime des immunités, à celui des droits de justice, enfin à la tendance de rendre certaines fonctions héréditaires.

Nous savons en quoi consistaient les immunités : c'étaient des privilèges accordés par le roi dès la fin du VI^e siècle, le plus souvent à des églises ou monastères, parfois à des laïques. Ces privilèges s'étendaient naturellement à tout le domaine de l'immuniste; ils étaient, par exemple, accordés à telle abbaye, c'est-à-dire non seulement aux biens qu'elle possédait au moment de la concession, mais encore et aussi à tous ses biens à venir. Il est probable que le privilège d'immunité consista surtout à l'origine dans des avantages fiscaux. Les taxes, au lieu d'être payées au roi ou à ses agents, étaient versées entre les mains de l'immuniste, par exemple à l'abbaye qui s'en appropriait le bénéfice. En détournant ainsi l'impôt de sa véritable destination, on confondait déjà la souveraineté et la propriété privée. Bientôt cette confusion s'accentua lorsque le privilège de l'immunité consista aussi dans l'interdiction du territoire de l'immuniste à tous les agents du roi, fiscaux, de justice ou autres. Ce furent les agents de l'immuniste qui prirent la place de ceux du roi. Aussi la justice tendit-elle à devenir purement privée. Il ne

faut pas non plus oublier que souvent les évêques et abbés des grands monastères remplissaient les fonctions de *missi dominici* et alors ils étaient tout naturellement portés à sacrifier les intérêts de l'État à celui des églises et des monastères. On doit enfin se rappeler que les grands propriétaires fonciers exerçaient une juridiction domestique sur les serfs, lites, colons de leurs terres et même, suivant certains auteurs, sur les hommes libres qui y étaient établis. Une partie des attributs de la souveraineté échappait aussi au pouvoir royal, passait entre les mains des immunistes et des grands propriétaires. Il leur suffisait d'exercer en leur nom ces actes d'autorité et de justice dont ils étaient en possession depuis longtemps pour inaugurer le régime féodal. Dès les x$^e$ et xi$^e$ siècles, les églises et les monastères, en se faisant délivrer des chartes d'immunité, ont le soin de stipuler que le privilège permettra d'échapper même à l'autorité royale directe et notamment à sa justice. Ce ne sont plus seulement les fonctionnaires royaux qui n'auront plus accès sur le territoire de l'immuniste, mais le roi lui-même (1). Grâce à cette nouvelle forme, les immunistes deviennent de véritables ministres indépendants dans leurs domaines; les grands seigneurs ecclésiastiques ou laïques se considèrent comme souverains, à ce point qu'ils n'hésitent pas à conférer eux-mêmes des droits de justice et des privilèges d'immunité (2).

Tous ces faits sont par eux-mêmes assez graves pour

(1) Voy. Cartulaire de Notre-Dame de Saintes, charte de 1047, p. 4. Louis VII reconnut lui-même que sur certains monastères la royauté n'avait aucun droit. Voy. Luchaire, *Histoire des institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens*, t. II, p. 94.

(2) Voy. les textes cités par Flach, *Les origines de l'ancienne France*, p. 157 et 172. Suivant M. Luchaire, *op. cit.*, t. II, p. 53, la féodalité de l'Eglise était moins redoutable que celle des seigneurs laïques. Il faut, à notre avis, s'entendre sur ce point. D'une manière absolue, cette féodalité ecclésiastique était incontestablement la plus énergique, à cause de l'esprit de corps des membres du clergé, de la hiérarchie de l'Église et de son autorité morale; sans doute elle n'a pas fait sentir sa force lorsqu'elle s'est alliée à la royauté et c'est notamment ce qui s'est produit sous les premiers Capétiens; mais plus tard les événements ont prouvé que la féodalité avait pris de plus puissantes racines dans l'Eglise que partout ailleurs.

expliquer le régime féodal sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir le célèbre capitulaire de Kiersy. Nous ne reviendrons pas sur les controverses qu'il a soulevées. Les uns en font la clef de voûte de toute la féodalité, d'autres le négligent complétement. Nous avons déjà dit que l'importance de ce capitulaire avait été singulièrement exagérée; mais on va également trop loin en sens inverse lorsqu'on propose de n'en tenir aucun compte. Le capitulaire de Kiersy n'a pas établi d'une manière définitive l'hérédité des dignités et des bénéfices. D'ailleurs il ne faut pas perdre de vue qu'à cette époque le législateur ne procède pour ainsi dire jamais brusquement, il ne change pas subitement les institutions sociales mais s'inspire bien plutôt des modifications qu'elles ont déjà subies dans la pratique et s'attache à les consacrer. C'est un tort très commun, surtout parmi les jurisconsultes, de faire dater une institution nouvelle d'un acte législatif. Le plus souvent cette institution ou son caractère existait déjà depuis longtemps dans les mœurs et la loi n'a fait que consacrer ou rappeler un état de choses antérieur. Le capitulaire de Kiersy en particulier, n'établit pas d'une manière absolue et contrairement aux usages antérieurs, l'hérédité des bénéfices et des dignités. C'est un édit de circonstance proposé par Charles le Chauve aux grands au moment de partir en guerre; il a pour objet de régler la condition des bénéfices pendant l'absence du prince. Mais par cela même qu'il présente ce caractère, il faut bien admettre qu'au lieu d'introduire un système absolument nouveau, il s'inspirait d'une pratique qui tendait de plus en plus à se généraliser. L'édit de Kiersy a, dans une certaine mesure seulement, reconnu l'hérédité des bénéfices et des dignités, mais en la consacrant il n'a fait que se conformer à l'esprit du temps et, d'un autre côté, comme il a réglé seulement à l'occasion d'une guerre, il est bien certain qu'il n'a pas entendu l'établir d'une manière définitive et absolue pour l'avenir. Aussi avons-nous vu précédemment que cette hérédité n'a été définitivement consacrée que vers les XI<sup>e</sup> et

XII^e siècles. L'édit de Kiersy n'en prouve pas moins que déjà longtemps auparavant on était entré dans cette voie (1). Cet édit, on s'en souvient, distingue trois cas différents : le premier est celui d'un comte qui vient à mourir alors que son fils est en expédition avec Charles le Chauve; dans ce cas le fils du roi, assisté de ses fidèles, prendra parmi les proches ou les amis du défunt, un administrateur qui veillera, avec les officiers du comte et de l'évêque, à la gestion du comté, *usque dum nobis renuntietur.* Si le comte a un fils en bas âge et par conséquent présent sur les lieux, ce fils conjointement avec les officiers du comte et les évêques du diocèse, prendra l'administration de la contrée, *donec ad nostram notitiam perveniat.* Enfin le dernier cas est celui d'un comte qui est mort sans laisser de fils ; l'édit décide que le fils du roi, d'accord avec les fidèles, désignera un administrateur du comté avec les officiers et les évêques, mais le roi se réserve expressément pour ce dernier cas, le droit de disposer définitivement du comté au profit d'une autre personne. Cette réserve n'est pas mentionnée pour les deux premiers cas; le roi reconnaissait donc implicitement une sorte de droit d'hérédité au profit du fils, tout en se réservant la faculté de confirmation. Enfin le capitulaire contenait une dernière disposition fort importante : il voulait que le même système fût observé par les abbés, les comtes et tous les fidèles du roi à l'égard de leurs propres vassaux. Il réglait ainsi la condition de tous les bénéfices et non pas seulement celle des comtés, preuve manifeste de la tendance générale à l'hérédité. La petite féodalité s'organisait ainsi en même temps que la grande.

(1) On pourra consulter sur cet édit un travail très remarquable de M. Bourgeois, *Le capitulaire de Kiersy-sur-Oise* (877), *étude sur l'état et le régime politique de la société carolingienne à la fin du IX^e siècle d'après la législation de Charles le Chauve*, Paris, 1885, 1 vol. in-8. On trouvera dans ce livre l'exposé de toutes les controverses soulevées par ce capitulaire, ce qui nous a permis de nous en tenir à l'exposé de notre opinion.

(2) « *Et volumus atque expresse jubemus ut tam episcopi quam abbates et comites seu etiam ceteri fideles nostri hominibus suis similiter conservare studeant...* » Pertz, *Leges*, I, 539. Voy. aussi Bourgeois, *op. cit.*, p. 128.

Pendant la période d'anarchie, les ducs et les comtes furent aussi impuissants que les rois à empêcher ces milliers de petites souverainetés de naître et de se constituer au profit des seigneurs. Mais il faut pourtant bien reconnaître que les ducs et les comtes pas plus que les rois, ne disparurent complétement : ils exercèrent une action plus ou moins secondaire autour d'eux et surtout comme seigneurs féodaux eux-mêmes; ils profitèrent de leur qualité de duc ou de comte pour accroître leur influence et leur indépendance. Tout contribuait donc à confondre la propriété territoriale et la souveraineté en une seule et même force sociale et c'est cette force sociale, à la fois politique et civile, de droit public et de droit privé, que l'on désigne sous le nom de féodalité. Il ne faut pas non plus oublier une dernière cause, l'impuissance de la royauté et l'anarchie des temps. Dès les premiers successeurs de Charlemagne le pouvoir royal cesse en partie de se faire sentir. C'est en vain qu'on s'adresserait à lui pour obtenir réparation d'une injustice; à vrai dire, il existe encore, mais il est réduit à l'impuissance. Les faibles cherchent un autre moyen de se soustraire aux violences et la justice personnelle se substitue à la justice territoriale. Alors apparait le système du jugement par les pairs, même dans les juridictions féodales. Le justicier n'a pas juridiction sur tous ceux qui habitent son territoire, mais seulement sur des catégories de personnes, à raison des rapports de dépendance et de protection qui les unissaient à lui. Ces personnes sont des chevaliers ou vassaux, les fidèles ou les censitaires, les membres de la *familia*, les préposés ou officiers de tout rang du seigneur, les veuves, les pauvres, les étrangers qui ont demandé sa protection et l'ont obtenue. Il ne faut pas confondre à cette époque la cour des fidèles avec la cour féodale. Toutes deux sont présidées par le duc, comte ou baron, mais celui-ci, au lieu d'agir dans la cour des fidèles comme seigneur féodal, réunit ses fidèles comme *princeps* et en vertu d'une sorte de souveraineté. D'ailleurs cette cour de fidèles tend assez rapidement à se confondre avec la cour

féodale. Ainsi se prépare la reconstitution d'une justice territoriale et avec elle l'établissement définitif et plus complet que jamais du régime féodal.

C'est aussi en profitant des troubles du temps que les grands seigneurs parvinrent à transformer en charges établies à leur profit, la plupart des services et des impôts qui étaient dus autrefois à l'État représenté par le roi. Nous verrons que sans doute quelques-uns ont été établis à l'origine par la force protectrice, c'est-à-dire par la convention ou par l'usage auquel se soumettaient les faibles pour obtenir protection. Mais bientôt l'abus du droit de protection n'a pas tardé à faire naître d'autres charges. L'absence de tout pouvoir central rendait leur création d'autant plus facile. D'ailleurs la monarchie n'avait-elle pas elle-même contribué à faire naître ces abus en autorisant certains seigneurs à percevoir l'impôt à leur profit? Nous revenons ainsi à une des causes les plus anciennes de la féodalité, aux premières concessions d'immunité, et c'est la meilleure preuve que, dans cette question, tout s'enchaîne et se suit pendant une série de plusieurs siècles.

FIN DU TOME TROISIÈME.

# TABLE DES MATIÈRES

## DU TOME TROISIÈME.

---

### TROISIÈME PARTIE.

### Epoque franque

### (*suite*).

#### CHAPITRE VI.

##### LE DROIT CIVIL.



#### CHAPITRE VII.

##### L'ORGANISATION JUDICIAIRE SOUS LES MÉROVINGIENS.

---

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Ex. l. m.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

